

KATHOLIEKE UNIVERSITEIT TE LEUVEN

RECHTSFACULTEIT

AFDELING INTERNATIONAAL EN BUITENLANDS RECHT

KATH. UNIVERSITEIT LEUVEN
Nederlandse afdeling
FAC. RECHTSGELEERDHEID
BIBLIOTHEEK

X 729

RECHTSVINDING BIJ TRANSNATIONALE HANDELSARBITRAGE

DEEL I

Transnationale Handelsarbitrage en Rechtsaanwending

Promotor : Professor Dr. W. van Gerven

PROEFSCHRIFT

aangeboden tot het bekomen
van de wetenschappelijke graad van
doctor in de rechtsgeleerdheid
door

HANS van HOUTTE

Dr. Iur., Lic. Eur. Recht (K.U. Leuven)
LL.M. (Harvard)

WOORD VOORAF

X 729

Deze studie was enkel mogelijk door de steun, hulp en aanmoediging van talrijke personen.

Mijn promotor, Prof. dr. W. van Gerven, dank ik voor de begeesterende aandacht waarmee hij de genese van mijn werk geleid heeft. Zijn weetgierigheid naar al wat in het recht beweegt heeft mij gemotiveerd om het weinig begane pad van de arbitrage in te slaan. Ik hoop dat een studie van de rechtsvinding van de arbiter enigszins kan aansluiten bij zijn "Beleid van de Rechter" (Antwerpen 1973).

Prof. dr. G. van Hecke, die mij vertrouwd maakte met de theorie en de praktijk van de transnationale handelsarbitrage, heeft steeds mijn studie gevolgd met een wijs en kritisch oog. Zijn werkkraft en rechtscultuur hebben bij mij, die zijn assistent mag zijn, steeds bewondering afgedwongen. Ik dank hem voor al hetgeen ik onder zijn leiding heb kunnen leren.

In deze dankbetuiging wil ik ook allen betrekken, die mij waardevolle documentatie hebben medegedeeld of die mij door gesprekken een beter inzicht in de arbitrage hebben verschaft. Deze dank gaat bijzonder uit naar Mevrouw E. Kasalova en naar de Heren A. Broches, P. Demin, Y. Derains, Ph. Fouchard, G. Horsmans, J. Jakubowski, P. Lalive, J. Lew, S. Lebedev, E. Mezger, P. Sanders, R. Thompson en B. von Hoffmann.

Ik dank tevens de Antwerpse Arbitrage- en Verzoeningskamer en de Internationale Kamer van Koophandel, die hun archieven volledig voor mij hebben opengesteld.

Mijn erkentelijkheid gaat eveneens uit naar het personeel van de bibliotheek van de Rechtsfaculteit-Leuven, van het Centre Charles de Visser, van het Ministerie van Buitenlandse Zaken te Brussel, van het Vredespaleis te Den Haag en van het Max Planck Institut für internationales und ausländisches Privatrecht te Hamburg. Zonder Mevrouw V. Van Meerbeek-Verbist tenslotte was mijn manuscript nooit van een

"papier collé" tot een leesbare tekst uitgegroeid.

Bovendien wil ik de K.U. Leuven, waar ik assistent ben, en de Max Planck Stiftung, die mij onderzoeksgelden toekende, danken voor de mogelijkheden die zij mij geboden hebben om deze studie te verrichten.

Ik draag deze studie op aan mijn lieve vrouw Vera. De dank, die ik haar verschuldigd ben, kan niet in een voorwoord uitgedrukt worden.

INHOUDSTAFEL

	pag.
Woord vooraf	
Lijst van afkortingen	I
Inleiding	1
 <u>DEEL I : TRANSNATIONALE HANDELSARBITRAGE EN RECHTSAANWENDING</u>	 3
 <u>Hoofdstuk I : Contractuele grondslag der arbitrale beslechting</u>	 4
§ 1. Vrijwillige en gedwongen arbitrage	4
§ 2. Handelsarbitrage der Oostblok-landen	7
§ 3. Overeenkomst tot arbitrage en arbitrage-overeenkomst	13
§ 4. Compromis en compromissoir beding	15
 <u>Hoofdstuk II : Aspecten van arbitrale rechtsvinding en rechts- aanwending</u>	 24
§ 1. Arbitrage is rechtspraak (Nep. anal.)	24
§ 2. Arbitrale rechtsvinding door interactie tussen arbiter en partijen	34
A. Rechtsvinding door de rechter	34
1. Rechtsvinding door de internationale rechter	35
2. Rechtsvinding door de nationale rechter	36
B. Rechtsvinding door de arbiter	39
§ 3. Onpartijdigheid van de arbiter	44
§ 4. Motivering der arbitrale uitspraak	57
 <u>Hoofdstuk III : Gevolgen der contractuele grondslag</u>	 64
§ 1. De overeenkomst tot arbitrage bepaalt welke geschillen door arbitrage beslecht kunnen worden	66
§ 2. De arbitrage-overeenkomst bepaalt de rechtsmacht en bevoegdheid van de arbiters	74
§ 3. De overeenkomst tot arbitrage beperkt de werking der beslechting	76
§ 4. Contractuele grondslag en rechtsaanwending	79
§ 5. Rechtelijke begeleiding, vervanging der concensus	80

	pag.
A. Arbitragewetten	81
1. Frankrijk	81
2. Duitsland	83
3. België	83
4. Engeland	85
B. Model van rechterlijke begeleiding en controle	85
<u>Hoofdstuk IV : Rechterlijke toetsing van de arbitrale rechts-</u> <u>aanwending</u>	88
§ 1. Rechterlijke toetsing der inlandse arbitrage	89
A. Frankrijk	90
1. Hervorming der uitspraak	90
2. Nietigverklaring van de uitspraak	93
3. Weigering van exequatur	97
B. België	97
1. Nietigverklaring van de arbitrale uitspraak	97
2. Weigering van het gezag van gewijsde of het exequatur	100
C. Duitsland	100
1. Nietigverklaring van de arbitrale uitspraak	101
2. Weigering van het exequatur	103
D. Engeland	103
1. De "special case"	104
2. Nietigverklaring van de arbitrale uitspraak	111
3. Herbeoordeling van de uitspraak door arbiters	115
4. Weigering van exequatur	116
§ 2. Inlandse en buitenlandse arbitrage	116
§ 3. Rechterlijke toetsing van de rechtsaanwending in "buiten- landse" uitspraken	130
§ 4. Invloed van de rechterlijke toetsing op de arbitrale rechtsaanwending	137
<u>Hoofdstuk V : Transnationale handelsarbitrage</u>	142
§ 1. Handelsarbitrage	142
§ 2. Transnationale Handelsarbitrage	146
§ 3. Organisatie van de transnationale handelsarbitrage	155

	pag.
<u>Hoofdstuk VI : De andere arbitrage</u>	166
§ 1. Arbitrale structuren	166
A. Arbitrage-dading	167
B. Het bindend advies	
1. België	169
2. Frankrijk	172
3. Duitsland	173
4. Engeland	177
C. Arbitrale structuren en arbitrageverdragen	178
§ 2. Volkenrechtelijke handelsarbitrage ?	180
A. Volkenrechtelijke arbitrage	181
B. Volkenrechtelijke handelsarbitrage ?	184
1. Partijen tot de arbitrage	188
2. Overeenkomst tot arbitrage	191
3. Arbitrale instantie	194
C. De volkenrechtelijke handelsarbitrage en de arbitrage- verdragen	197

	pag.
<u>DEEL II : ARBITRALE BESLECHTINGSNORMEN</u>	200
<u>Hoofdstuk I : De billijkheid</u>	201
§ 1. Arbitrage naar billijkheid en het arbitragerecht	203
A. De Franse "amiable composition"	203
1. De "amiable composition" en het beroep bij de rechter	205
2. De "amiable composition" en de procedureregelen	207
3. De "amiable composition" en het oordeel naar billijkheid	210
B. De Belgische arbitrage naar billijkheid	212
C. De Duitse arbitrage naar billijkheid	213
D. De Engelse arbitrage "in rechte"	216
E. Arbitrage naar billijkheid en transnationale handelsarbitrage	218
§ 2. De billijkheid als arbitrale norm	222
<u>Hoofdstuk II : De contractuele bedingen</u>	232
§ 1. Eerste bron van arbitrale rechtsvinding	232
§ 2. Niet enige bron van arbitrale rechtsvinding	239
§ 3. Eerste bron van recht	244
§ 4. Contractuele bedingen en de arbitrage naar billijkheid	258
<u>Hoofdstuk III : De handelsgebruiken</u>	265
§ 1. Handelsgebruiken en handelsarbitrage	265
§ 2. Vaststelling van het handelsgebruik	268
§ 3. Het handelsgebruik als arbitrale beslechtingsnorm	275
§ 4. De rol der handelsgebruiken	281
§ 5. De "Lex Mercatoria"	283
§ 6. De arbitrage naar billijkheid en de handelsgebruiken	288
<u>Hoofdstuk IV : Het nationaal recht</u>	290
§ 1. De transnationale handelsarbitrage en het nationaal recht	290
§ 2. Het vaststellen van normen van nationaal recht	296
A. De "Special case" in Engeland	298
B. Het ministerieel advies over de interpretatie van verdragen in Frankrijk	300

	pag.
C. De prejudiciële vraag naar Duits recht	303
D. Beslissing van de Europese Commissie en prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie	305
E. De prejudiciële vraag aan het Benelux-Gerechtshof	308
F. Een "special case" naar Belgisch, Frans of Duits recht?	309
§ 3. Het nationaal recht als beslechtingsnorm	311
§ 4. De arbitrage naar billijkheid en het aanwenden van nationaal recht	313
A. De "amiable composition" naar Belgisch en Frans recht	314
B. De Duitse arbitrage naar billijkheid	317
C. Arbitrage naar billijkheid en het Engelse recht	318
§ 5. Stabilisatie- en immuniteitsbedingen	319
<u>Hoofdstuk V : De algemene rechtsbeginselen</u>	326
§ 1. Algemene rechtsbeginselen en de transnationale handelsarbitrage	326
§ 2. Vaststelling der algemene rechtsbeginselen	334
§ 3. De algemene rechtsbeginselen als beslechtingsnorm	348
§ 4. De algemene rechtsbeginselen en de arbitrage naar billijkheid	354
§ 5. De binomiale benadering.	357
<u>Hoofdstuk VI : Het internationaal recht</u>	362
§ 1. De transnationale handelsarbitrage en het internationaal recht	362
§ 2. Vaststelling van het internationaal recht	368
§ 3. Het internationaal recht als beslechtingsnorm	377
§ 4. Internationaal recht en arbitrage naar billijkheid	379
§ 5. De internationaal-rechtelijke oplossing als richtlijn	382
A. De diplomatieke bescherming	384
B. Overkoepelende verdragen	389
C. Het Centrum voor Beslechting van Investeringsgeschillen	390
<u>Hoofdstuk VII : Van TOPOS naar SYSTEEM</u>	393

	pag.
<u>DEEL III : DE KEUZE VAN HET RECHTSSYSTEEM</u>	396
<u>Hoofdstuk I : De rechtsaanduiding door partijen</u>	399
§ 1. Rechtsaanduiding en de contractuele grondslag van de arbitrage	400
§ 2. Rechtsaanduiding bij de jurisdictioneel opgevatte arbitrage	410
§ 3. Impliciete en hypothetische rechtsaanduiding	421
§ 4. "Qui elegit arbitrum, elegit ius" ?	426
<u>Hoofdstuk II : Rechtskeuze door de arbiters : de arbitrale kiesregels</u>	442
§ 1. De overname van een nationaal i.p.r.	445
A. Theoretische alternatieven	445
1. Het i.p.r. door de partijen aangeduid of het i.p.r. der "lex contractus"	446
2. Het i.p.r. dat de arbiters eigen is of dat door het arbitragereglement werd aangeduid	447
3. Het i.p.r. van de overwegende partij	449
4. Het i.p.r. van de bevoegde rechter	450
5. Het i.p.r. van de zetel	451
6. Het i.p.r. van de "loi de l'arbitrage"	458
7. Besluit	460
B. Arbitrale casuïstiek : het nationale i.p.r. voor de gelocaliseerde arbitrage	460
1. Het Centrum voor Beslechting van Investeringsgeschillen	460
2. De arbitrage-commissies der Oostblok-landen	464
3. De nationale arbitrage-instellingen	470
4. Arbitrage der Internationale Kamer van Koophandel	471
5. "Ad hoc"-arbitrage	476
§ 2. De creatie van eigen kiesregels	478
A. De normatieve waarde van de kiesregel, door de arbiter verwoord	480
B. Richtlijnen bij het vinden van arbitrale kiesregels en casuïstiek	486

	pag.
1. Het streven naar een internationale harmonie	498
2. De zorg voor de doeltreffendheid der uitspraak	504
3. Het bereiken van een interne harmonie	506
4. De eerbiediging van het doel der wetten	510
5. Het streven naar een politiek belang	516
6. De openbare orde	517
C. Een systeem van arbitrale kiesregels ?	521

*

* *

Samenvatting en stellingen	526
Beknopte bibliografie	538

LIJST VAN AFKORTINGEN

A.C.	: Appeal Cases, The Law Reports
Act. Jur. Hung.	: Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae
A.c.P.	: Archiv für die civilistische Praxis
A.F.D.I.	: Annuaire Français de Droit International
A.J.I.L.	: American Journal of International Law
All. E.R.	: All England Law Reports
Ann. A.A.A.	: Annuaire de l'A.A.A. (Anciens Auditeurs de l'Académie de Droit International)
Ann. I.D.I.	: Annuaire de l'Institut de Droit International
Ann. C.D.I.	: Annuaire de la Commission du Droit International
Ann. Liège	: Annales de la Faculté de Droit de Liège
Ann. S. Dr. Intern.	: Annuaire Suisse de Droit International
Arb. J.	: Arbitration Journal
Arch. Giur.	: Archivio giuridico Filippo Serafini
AWD	: Aussenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters
BB	: Der Betriebs-Berater
Belg. Jud.	: La Belgique Judiciaire
Ber. D. Ges. VR.	: Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht
BGH	: Bundesgerichtshof
BGHZ	: Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
Brit. YB. Int. L.	: The British Yearbook of International Law
B.T.I.R.	: Belgisch Tijdschrift voor Internationaal Recht
Bull. Ass.	: Bulletin des Assurances
C.A.C.	: SHPEKTOROV, A., Collected Arbitration Cases, Moskou 1972-1973, 4 delen.
C.I.J. rec.	: Cour International de Justice, Recueil des Arrêts, Avis Consultatifs, Ordonnances
Clunet	: Journal de Droit International
Col. Journ. Trans. L.	: Columbia Journal of Transnational Law
Corn. Int'l L.J.	: Cornell International Law Journal
Corn. L.Q.	: Cornell Law Quaterly
Dall.	: Dalloz
D.L.R.	: Dominion Law Reports

II.

Documents	: Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States ; Documents concerning the Origin and the Formulation of the Convention, Washington 1968.
D.P.C.I.	: Droit et Pratique de Commerce International
EBG	: Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts
ECE	: Economic Commission for Europe
Econ. Intern.	: Economie Internationale
Ex. D.	: Exchequer Division, The Law Reports
Gaz. Pal.	: Gazette du Palais
Ger. Wetb.	: Gerechtelijk Wetboek
Harv. Int. L.J.	: Harvard International Law Journal
Harvard Law Rev.	: Harvard Law Review
Hrb.	: Handelsrechtbank
HSG	: Handelsrechtliche Schiedsgerichts-Praxis, STRAATMAN, P. en ULMER, P., Keulen 1974.
I.C.J. Rep.	: International Court of Justice, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders.
I.C.L.Q.	: International & Comparative Law Quarterly
ICSID	: International Centre for Settlement of Investment Disputes
I.G.	: International Gerechtshof
I.K.K.	: Internationale Kamer van Koophandel
I.L.A.	: International Law Association
I.L.M.	: International Legal Materials
I.L.R.	: International Law Reports
Int. Jhrb. Schw.	: Internationales Jahrbuch für Schiedsgerichtswesen
Intern'l. Lawyer	: International Lawyer
i.p.r.	: internationaal privaatrecht
J.C.P.	: Juris-classeur périodique
Jug. Rev. Med. Pravo	: Jugoslavenska Revija za Medunarodno Pravo
Jur.	: Jurisprudentie van het Hof van Justitie
Jur. Anv.	: Jurisprudence du Port d'Anvers
Jur. Com. Belg.	: Belgische Rechtspraak in Handelszaken
Jur. Com. El.	: Jurisprudence commerciale des Flandres
Jur. Liège.	: Jurisprudence de la Cour d'Appel de Liège et de son ressort

III.

J.W.	: Juristische Wochenschrift
J.Z.	: Juristenzeitung
K.B.	: King's Bench, The Law Reports.
KTS	: Konkurs-, Treuhand und Schiedsgerichtswesen
Law & Pol. Int'l. Bus.	: Law and Policy in International Business
LG	: Landgericht
Lloyd's Rep.	: Lloyd's Law Reports
L.M.	: Lindenmaier-Möhring
L.T.	: Law Times
M.A.C.	: From the practice of the Maritime Arbitration Commission (1969-1972), Moskou 1972.
MDR	: Monatschrift für Deutsches Recht
Neth. YB. Int. L.	: Netherlands Yearbook of International law
N.J.	: Nederlandse Jurisprudentie
NJB	: Nederlands Juristenblad
NJW	: Neue Juristischen Wochenschrift
N.T.I.R.	: Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht
N.Y.U.J. Intern'l Law and Politics	: New York University Journal of International Law and Politics
OLG	: Oberlandesgericht
OPEC	: Selected Documents of the International Petroleum Industry, Wenen.
O.Z.ö.R.	: Oesterreichisches Zeitschrift für öffentliches Recht
Parl. Besch.	: Parlementaire Bescheiden
Pas.	: Pasicrisie belge
P.H.I.J.	: Permanent Hof van Internationale Justitie
Q.B.	: Queen's Bench, The Law Reports
RabelsZ.	: Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
R.C.D.I.P.	: Revue critique de droit international privé
R.C.J.B.	: Revue critique de jurisprudence belge
R.d.C.	: Recueil des Cours de l'Académie de Droit International
R.D.T.A.M.	: Recueil des Décisions des Tribunaux Arbitraux Mixtes
Rev. Arb.	: Revue de l'Arbitrage
Rev. Dr. Int. & Comp.	: Revue de Droit International et de Droit Comparé

IV.

RGAR	: Revue Générale des Assurances et des Responsabilités
Rev. Intern. Dr. Comp.	: Revue internationale de droit comparé
Rev. Not.	: Revue des notaires de Belgique
Rev. Prat. Soc.	: Revue pratique des sociétés civiles et commerciales
Rev. roum. jur.	: Revue roumaine des sciences sociales, série de sciences juridiques
Rev. Trim. Dr. Civ.	: Revue trimestrielle de droit civil
Rev. Trim. Dr. Com.	: Revue trimestrielle de droit commercial
RG	: Reichsgericht
R.G.D.I.P.	: Revue Générale de Droit International Public
RGZ	: Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
Riv. Dir. Proc.	: Rivista di Diritto Processuale
RIW/AWD	: Recht der internationalen Wirtschaft
R.S.A.	: Recueil des Sentences Arbitrales - Nations Unies
R.W.	: Rechtskundig Weekblad
s.	: Section
S.E.W.	: Sociaal economische wetgeving
t.	: tegen
Tijdsch. Aann.	: Tijdschrift voor aannemingsrecht
T.P.R.	: Tijdschrift voor Privaatrecht
Trans. Grotius Soc.	: Transactions of the Grotius Society
Trav. Com. Fr. Dr. Intern. Pr.	: Travaux du Comité Français de Droit International Privé
UNCITRAL	: United Nations Commission on International Trade Law
v.	: versus
W.L.R.	: Weekly Law Reports
WPNR	: Weekblad voor Privaatrecht, Notaris- ambt en Registratie
WuW	: Wirtschaft und Wettbewerb
YBWA	: Yearbook World Affairs
ZaöRV	: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
Z.f. Rvgl.	: Zeitschrift für Rechtsvergleichung
Z.H.R.	: Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZPO	: Zivilprozessordnung
ZZP	: Zeitschrift für Zivilprozess

1. Deze studie wil nagaan hoe de handelsarbiter bij een transnationale handelsarbitrage de normen kan vinden die hij nodig heeft om het hem voorgelegde geschil te beslechten.

Het probleem der rechtsvinding stelt zich voor de arbiter enigszins anders dan voor de rechter. De arbiter wordt niet zoals de rechter aangesteld door het staatsgezag om geschillen op te lossen door toepassing van het recht van die staat. Zijn rechtsvinding maakt bijgevolg duidelijk in welke mate het plaatselijke recht ("lex fori") interessant blijft wanneer dit niet meer het recht is van de staat in wiens naam recht gesproken wordt.

Wanneer de arbitrage een transnationaal karakter heeft, krijgt ook de rechtsvinding een transnationaal aspect. Het gebied, waarin de normen gezocht moeten worden, strekt zich dan uit tot alle rechtssystemen waarmee aanknopingspunten bestaan. Rechtsvinding veronderstelt in dit geval ook het vinden van kiesregels om het rechtssysteem te kennen waaruit de beslechtingsnormen dienen geput.

Een analyse van de transnationale handelsarbitrage omvat verder de vraag in welke mate ook anationale rechtsnormen, die bij de rechter minder aan bod komen, zoals de billijkheid, de algemeen geldende rechtsbeginselen, het internationaal publiek recht, als beslechtingsnormen een rol kunnen spelen. De transnationale arbitrage laat bijgevolg toe de rechtsvinding vanuit een minder-gebruikelijke - en hopelijk interessante - hoek te belichten.

Het onderzoek naar de rechtsvinding stelt de arbitrage in een minder klassiek licht. Meestal wordt de arbitrage bekeken met de ogen van de rechter die geconfronteerd wordt met de pathologie van de arbitrage. Hier gaat de aandacht vooral naar de arbiter zelf. Verondersteld wordt trouwens dat de arbiters bevoegd zijn om over het geschil te oordelen. Deze studie kan de arbiter geen volledige handleiding

bieden om de geschikte beslechtingsnormen te vinden. Zij heeft slechts de bedoeling enkele denklijnen aan te duiden inzake de arbitrale rechtsvinding zoals ze te voorschijn komt uit gepubliceerde en ongepubliceerde arbitrage-uitspraken of zoals zij schemert doorheen uitspraken van Belgische, Duitse, Franse en Engelse rechters en doorheen de geschriften der intimi van de arbitrage.

Rechtsvinding bij transnationale handelsarbitrage is een doos van Pandora die vele fascinerende problemen bevat. Wanneer men te diep op één probleem ingaat bestaat het gevaar dat de andere problemen aan de aandacht ontglippen. Dit moge de vermelding in voetnoot, van onderwerpen die een ruimere behandeling verdienen, en de niet steeds uitgebreide uiteenzettingen verklaren.

DEEL I

TRANSNATIONALE HANDELSARBITRAGE EN RECHTSAANWENDING

HOOFDSTUK I

CONTRACTUELE GRONDSLAG DER ARBITRALE BESLECHTING§ 1. Vrijwillige en gedwongen arbitrage

2. Meestal wordt een rechtsgeschil ter beslechting voorgelegd aan de rechtbank. De rechtbank is immers dat deel van het staatsgezag dat de naleving der rechtsnormen afdwingt en verzekert (1). Het staatsgezag verleent de rechtbank de bevoegdheid om kennis te nemen van en de rechtsmacht om zich uit te spreken over een vordering die de eiser haar voorlegt. Dit staatsgezag maakt het tevens mogelijk dat het vonnis van de rechtbank - desnoods door dwang - kan uitgevoerd worden.

De partijen tot een geschil kunnen evenwel akkoord gaan om het geschil niet door de rechter, maar door een particulier te laten beslechten. Zij onttrekken zich aldus vrijwillig aan de rechtsmacht van de rechter. Deze buitengerechtelijke geschillenbeslechting door een derde is "arbitrage". Als particulier heeft de arbiter evenwel geen deel aan het staatsgezag. Zijn rechtsmacht en bevoegdheid steunen niet op het staatsgezag. Het is hem niet toegelaten om - tegen de wil van een partij in - kennis van het geschil te nemen, een beslissing terzake te vellen en de uitspraak door dwang te laten tenuitvoer leggen. Zonder rechtsmacht en bevoegdheid is elke beslissing van een arbiter slechts een opinie waaraan de partijen niet gebonden zijn. Een werkelijke geschillenbeslechting vergt daarentegen dat de partijen aan de beslissing gehouden zijn en dat zij zelfs tot de naleving van de beslissing kunnen gedwongen worden. Enkel op deze

(1) Kelsen, H., Die Lehre von den drei Gewalten oder Funktionen des Staates, in Die Wiener rechtstheoretische Schule, deel 2, Wenen 1968, 1625-1660, 1627-1635.

manier kan het geschil definitief worden opgelost. De arbiter haalt de nodige rechtsmacht en bevoegdheid uit het akkoord dat de partijen sloten om de beslechting van het geschil aan de rechter te onttrekken en haar aan arbiters toe te vertrouwen (1). Het is het akkoord tussen de partijen, en niet het staatsgezag, dat de arbiters rechtsmacht en bevoegdheid geeft of ontnemt (2). Het feit dat partijen zich vrijwillig aan de arbitrage moeten onderwerpen mag als één der voornaamste kenmerken der arbitrage beschouwd worden (3). Zonder akkoord tussen partijen is er geen werkelijke arbitrage.

In een internationaal verdrag kunnen staten bepalen dat geschillen tussen één van hen en een onderdaan van de andere staat door een in het verdrag omschreven "arbitrage" moeten beslecht worden. De door de staten ingerichte arbitrage is de enige beslechttingsvorm die voor deze onderdaan openstaat (4). Deze beslechting is geen werkelijke arbitrage : op geen enkel ogenblik heeft de onderdaan de keuze gehad zich tot een ander beslechttingsorgaan te wenden. Enkel indien de onderdaan het geschil ook elders kan laten beslechten en indien de door het verdrag ingerichte arbitrage-instelling slechts bevoegd wordt door het akkoord der partijen zich aan de arbitrage te onderwerpen, staat men m.i. tegenover een echte arbitrage (5).

Na de eerste wereldoorlog werden door bilaterale verdragen tussen gewezen vijandige mogendheden zogenaamde "Tribunaux arbitraux mixtes" opgericht teneinde de geschillen te beslechten die, naar aanleiding van het oorlogsgeweld, gerezen waren tussen de ene staat en onderdanen

-
- (1) Dit akkoord tussen partijen is derhalve essentieel voor de arbitrage, Zie bijv. BERNARD, Arbitrage, nr. 18 ; DEHAUSSY en GOLDMAN, Arbitrage, nr. 1 ; FOUCHARD, Arbitrage, nr. 16-22 ; HALSBURY, Arbitration, § 542-543 ; KESSLER, Schiedsgerichtsvertrag, 23-25 ; KLEIN, Considérations, 33 ; ROBERT, Arbitrage, nr. 1 ; RUSSELL, Arbitration, . 1 ; SCHLOSSER, Schiedsgerichtsbarkeit, nr. 17.
 - (2) Zie bijv. Beroep Luik 7 april 1936, Pas. 1937, II, 36 ; Rev. Intern. Dr. Comp. 1936, 66.
 - (3) Zie bijv. ARETS, Ann. Liège, 1962, 177.
 - (4) Zie DEHAUSSY, Arbitrage (droit international public), nr. 117-118.
 - (5) Zie DEHAUSSY, Arbitrage (droit international public), nr. 119-120.

van de andere staat (1). Deze "Tribunaux arbitraux mixtes" waren de enige werkelijke mogelijkheid voor deze onderdanen om vergoed te worden. Zij werden derhalve niet vrijwillig gekozen. Men kan ze bijgevolg niet als werkelijke arbitrage beschouwen.

Het Frans-Algerijns Akkoord bepaalde dat geschillen inzake petroleum en economische ontwikkeling tussen een Franse onderneming enerzijds en de Algerijnse Staat anderzijds door arbitrage moeten beslecht worden (2). Voor de Franse onderneming was er van een werkelijke keuze geen sprake ; deze arbitrage was voor haar de enige mogelijkheid om een geschil met de Algerijnse staat te laten beslechten. Het betreft derhalve geen werkelijke arbitrage.

Een wet kan partijen verplichten om bepaalde geschillen door "arbitrage" te laten beslechten (3). Deze "arbitrage" is veeleer een speciale rechtbank, die door de wetgever weliswaar "arbitrage" genoemd werd, maar het in werkelijkheid niet is. Zij wordt immers krachtens de wet, en niet door het akkoord tussen partijen, ingesteld en bevoegd ; zelfs indien één der partijen nooit in de beslechting toestemde, kan het geschil toch, krachtens de wet, door de "arbitrage" beslecht worden. De wet verbiedt trouwens om het geschil,

(1) Cfr. BLUHDORN, R., Le fonctionnement et la jurisprudence des Tribunaux Arbitraux Mixtes, 41 RdC (1932 III), 141-244.

(2) Akkoord van 26 juni 1963, Décret nr. 63-889 van 29 augustus 1963, Journal Officiel 31 augustus 1963, 7963 ; Dall. 1963, L., 343 ; akkoord van 29 juli 1965, Décret nr. 65-1133 van 17 december 1965, Journal Officiel 28 december 1965, 11793, Dall. 1966, L. 23.

(3) In menige investeringscode komt dergelijke bepaling voor. Zie tevens The Status of Permanent Sovereignty over Natural Wealth and Resources, U.N. Doc. A/AC 97/5, '73. Vooral in Engeland, doch ook o.m. in Duitsland en Frankrijk is "arbitrage" verplicht voor geschillen met administratieve instanties. BAUMBACH-SCHWAB, Schiedsgerichtsbarkeit, 225 ; GENTINETTA, Lex fori, 103-104 ; ROBERT, Arbitrage, nr. 6 ; RUSSELL, Arbitration, 6-20 ; SCHLOSSER, Schiedsgerichtsbarkeit, nr. 9-14. Tevens de "Commission arbitrale des journalistes", opgericht door art. 29 boek I van de Franse Code de Travail. Zie Parijs 10 mei 1973, Sem. Jur. 1973 nr. 17502. Over de vraag of de uitspraken van dergelijke buitenlandse, verplichte arbitrage-instellingen krachtens de arbitrage-verdragen kunnen erkend worden : KG 4 oktober 1960, NJW 1961, 417.

dat krachtens de wet door de "arbitrage" dient beslecht te worden, voor de rechtbank te brengen. Bijgevolg is deze arbitrale beslechting niet vrijwillig door de partijen gekozen en staat men ook hier niet tegenover werkelijke arbitrage.

§ 2. Handelsarbitrage der Oostblok-landen

3. De Kamers van Buitenlandse Handel der Oostblok-landen verrichten ook "arbitrage" (1). Kan men dit als werkelijke arbitrage beschouwen? Het prototype van dergelijke arbitrage is degene die plaats grijpt in de schoot van de Arbitrage-commissie voor Buitenlandse Handel der Sovjet Kamer van Handel en Nijverheid. Deze Arbitrage-commissie, die te Moskou zetelt, werd opgericht voor de beslechting van geschillen die voortspuiten uit contracten van buitenlandse handel, vooral dan ter beslechting van geschillen tussen Sovjet handelsorganisaties voor in- of uitvoer en buitenlandse firma's (2). Sinds 1975 werd de rol van de Arbitrage-commissie gespecificeerd als de beslechting van geschillen tussen onderdanen van verschillende

-
- (1) Cfr. de arbitrage-reglementen in : FELLHAUER, H. en STROHBACH, H., Handbuch der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit, Oost-Berlijn 1969, 265-398 ; SCHMITTHOFF, International Commercial Arbitration, 171-269. Zie o.m. GRZYBOWSKI, K., Arbitral Tribunals for Foreign Trade in Socialist Countries, 37 Law and Contemporary Problems (1972), 592-610 ; KING SMITH, S.B., Communist Foreign Trade Arbitration, Harv. Int. L.J. (1969), 34-100 ; PADIS, P., L'affrontement des économies socialistes et capitalistes dans le monde ou l'arbitrage international en 1972, Gaz. Pal. 1973, Doc., 359-374 ; PFAFF, D., Die Aussenhandelsschiedsgerichtsbarkeit der sozialistischen Länder im Handel mit der Bundesrepublik Deutschland, München, 1973 ; WAEHLER, J.P., Die Aussenhandels- und See-Schiedsgerichtsbarkeit in der USSR, Berlijn 1974. Voor de arbitrage tussen Comecon-ondernemingen werd evenwel een uniform arbitragereglement voorgesteld : DESCHAMPS, Annales d'Etudes Internationales 1974, 127-129 ; GWASILKOWSKI, A., Le rapprochement des législations dans le cadre du Conseil d'Assistance Economique Mutuelle, Leuven 1975, 6.
- (2) Art. 1 van het decreet van het centraal uitvoerend comité en van de raad van volkscommissarissen van de USSR, 17 juni 1932, (Collected Laws of the USSR, nr. 48, 1932, 281, geciteerd door SHPEKTOROV, A.I., C.A.C., Moskou 1972, deel I, 127).

landen ontstaan uit de buitenlandse handel of uit andere internationale economische en wetenschappelijk technische relatie (1). Deze Sovjet arbitrage-instelling stond niet alleen model voor gelijkaardige instellingen in andere Oostblok-landen maar lijkt ook het grootste aantal geschillen te beslechten (2). Bovendien is zij de enige instelling van haar soort waarvan talrijke beslissingen bekend zijn (3). Het lijkt derhalve wenselijk de bespreking tot de Sovjet Arbitrage-commissie te beperken (4).

- (1) Wet van 16 april 1975, 14 I.L.M. 1975, 1035-1036. Art. 1 van deze wet stelt :
 "The Foreign Trade Arbitration Commission attached to the USSR Chamber of Commerce and Industry shall be a permanently functioning arbitration tribunal and shall settle disputes which derive from contractual and other civil law relations arising between subjects of law of various countries when carrying out foreign trade and other international economic and scientific-technical ties".
- (2) WAEHLER, 55-57 in Materielles Recht und Verfahrensrecht in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, Frankfurt 1972.
- (3) Benevens uitspraken die toevallig gepubliceerd worden in tijdschriften, en de overzichten van o.m. RAMSAIZEW, D.F., *La jurisprudence en matière de droit international privé de la Commission arbitrale soviétique pour le commerce extérieur*, R.C.D.I.P. 1958, 459-478 ; Die Aussenhandelsarbitrage in der UdSSR, en WAEHLER, J.P., Schiedsgerichtsbarkeit in der USSR, is vooral de verzameling "Collected Arbitration Cases" samengesteld door A. SHPEKTO-ROV en uitgegeven door de Sovjet Kamer van Handel en Nijverheid een belangrijke informatiebron (4 delen, Moskou 1972-1973).
- (4) Naast de Arbitrage-commissie voor de buitenlandse handel bestaat er in de USSR een andere arbitrage-vorm, de "Staatsarbitrage". Deze kan echter niet beschouwd worden als arbitrage, zoals hier bedoeld. Deze beslechtingsvorm werd door decreet opgericht om, vooral economische, onenigheden op te lossen die tussen de staatsondernemingen ontstaan naar aanleiding van hun verplichte samenwerking om het plan uit te voeren. Voor deze staatsarbitrage is evenwel het akkoord van beide partijen niet vereist, zodat het geen vrijwillige arbitrage betreft. DESCHAMPS, Annales d'Etudes Internationales 1974, 123-125 ; HAZARD, J., *Flexibility of Law in Soviet State Arbitration*, in International Arbitration - Liber Amicorum M. Domke, Den Haag 1967, 120-132 ; JOHNSON, *Commercial Arbitration in the USSR since the decentralization of industrial management*, in XI Soviet Studies (1959), 134-141 ; KIRAFFY, A., "Arbitration" in Encyclopedia of Soviet law, deel I, Leiden 1973 ; KNAPP, V., *State Arbitration in Socialist Countries*, Internat. Encyclopedia of Comparative law, deel XVI, ch. 13 ; *The Role of state Arbitrazh*, 116 University of Pennsylvania Law Review, 1968, 1285-1313.

In het oprichtingsdecreet noemden de Sovjet overheden de instelling reeds "Arbitrage-commissie". Oost-Europese auteurs bevestigen dat deze commissie werkelijke arbitrage pleegt (1). Deze verklaringen volstaan evenwel niet opdat de beslissingen van de Arbitrage-commissie werkelijke arbitrale uitspraken zouden worden (2). De internationale arbitrageverdragen zijn anderzijds op de uitspraken der Arbitrage-commissie van toepassing (3). Hieruit kan men evenwel enkel afleiden dat deze uitspraken als arbitrage behandeld worden en dezelve rechtsgevolgen bezitten ; niet dat het werkelijk arbitrage-uitspraken zijn. Daar een decreet der Sovjet overheden de Arbitrage-commissie in het leven riep, is het bovendien niet uitgesloten dat deze commissie, als quasi-publiekrechtelijke instelling, enkel een speciale rechtbank zou zijn om de geschillen der buitenlandse handel te beoordelen (4). Men kan de Arbitrage-commissie slechts als instelling van werkelijke arbitrage beschouwen indien haar rechtsmacht enkel steunt op het akkoord van de partijen.

De grote meerderheid van geschillen, die door de Sovjet Arbitrage-commissie beslecht worden, **betreft** onenigheden tussen een Sovjet onderneming en een onderneming uit Bulgarije, de D.D.R., Hongarije, Polen, Roemenië of Tsjechoslovakije (5). Voor deze beslechting geldt

-
- (1) Zie bijv. FELLHAUER, H., en STROHBACH, H., Handbuch der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit, Oost-Berlijn, 1969, 43 ; JAKUBOWSKI, J., La convention de Moscou du 29 mai 1972 sur le règlement des litiges par voie d'arbitrage, Rev. Arb. 1973, 59-65. TRAMMER, Arbitrage Commercial Minoli, 517-523.
 - (2) DAVID, Rev. Intern. Dr. Comp. 1959, 9-10.
 - (3) FOUCHARD, Arbitrage, nr. 336 ; GOLDMAN, 109 RdC (1963, II), 354.
 - (4) GENTINETTA (Lex fori, 106-107) en PISAR, S., (Coexistence and Commerce, New York 1970, 395) zien in de arbitrage vooral een quasi-publiekrechtelijke instelling ; JAKUBOWSKI, (art. cit., 61) aanziet de arbitrage-commissie evenwel als een volwaardige arbitrage-instelling.
 - (5) Zie MAURO, J., L'arbitrage commercial en URSS et dans les autres pays socialistes, Rev. Arb. 1972, 93-95, 93 ; REVAI, T., The settlement of litigations between organizations of the Countries of the Council of Mutual Economic Aid, 14 Act. Jur. Hung. (1972) 245-264 ; STALEV, J., Le Régime juridique des relations commerciales et de l'arbitrage entre les entreprises des Etats Membres du Conseil d'Aide Economique Mutuelle, in Perspectivas del Derecho

.../...

het Verdrag van Moskou inzake de arbitrale beslechting van geschillen die uit de economische, wetenschappelijke of technische samenwerking voortspruiten (1). Dit verdrag bepaalt dat alle geschillen inzake deze samenwerking door arbitrage door een Kamer van Buitenlandse Handel moeten beslecht worden. De partijen kunnen weliswaar de verdragsstaat kiezen waarvan de arbitrage-commissie bevoegd zal zijn. Doch ook zonder deze keuze heeft een arbitrage-commissie (namelijk deze van het land van de verweerder) rechtsmacht over het geschil. De arbitrage door de Kamer van Buitenlandse Handel is bovendien de enige beslechtingsvorm voor deze geschillen. Indien de Sovjet Arbitrage-commissie een geschil tussen ondernemingen uit het Oostblok beslecht, put zij haar rechtsmacht en bevoegdheid uit het Verdrag van Moskou, en niet uit het akkoord der partijen. Bijgevolg verricht zij in deze gevallen geen arbitrage in de door ons hieraan gegeven betekenis.

Voor de beslechting van een geschil met een Westerse firma geldt het Verdrag van Moskou daarentegen niet. De Arbitrage-commissie put dan haar rechtsmacht en bevoegdheid uitsluitend uit het akkoord der partijen. Uiteraard zullen de Sovjet ondernemingen meestal alles in het werk stellen opdat de Westerse firma met een Sovjet arbitrage zouden toestemmen. De Westerse firma, die wil vermijden dat de transactie zou afspringen, kan dan vaak niets anders doen dan tot dit akkoord toetreden (2). De keuze der arbitrage blijft niettemin reëel: de Westerse firma kan immers altijd pogen de Sovjet arbitrage te ontwijken. Het is immers niet uitgesloten dat de Sovjet onderneming

.../...

Publico en La Segundo Mitad del Siglo XX, Madrid 1969, deel II, 593-616, 607; JAKUBOWSKI, Arbitration in the CMEA, International Commercial Arbitration, 238-249.

(1) Moskou 29 mei 1972, Rev. Arb., 1973, 111-115; 13 I.L.M. (1974), 5-12, Bulgarije, de D.D.R., Hongarije, Mongolië, Polen, Roemenië, Tsjechoslowakije en de U.S.S.R. zijn partij tot dit verdrag. Krachtens artikel IX zouden ook niet Comecon-landen tot het Verdrag kunnen toetreden, indien deze toetreding door de Verdragssluitende landen aanvaard wordt. Zo is Cuba tot het Verdrag toetreden.

(2) Zie GOLDMAN, 109 RdC (1963 II), 354; PISAR, o.c., 396.

aanvaardt dat een arbitrage-instelling uit een ander Oostblok-land tot beslechten bevoegd is (1). In uitzonderlijke gevallen erkent zij ook de bevoegdheid van gemengde arbitrage die voor de helft bestaat uit Sovjet arbiters en voor de andere helft uit arbiters uit het land van de medecontractant (2). Indien de Westerse firma het been voldoende stijf houdt, is het zelfs niet uitgesloten dat de Sovjet onderneming met een arbitrage op "neutraal" gebied zal instemmen. In zulke gevallen worden meestal de Kamer van Koophandel te Stockholm of te Zürich verkozen (3). Zelfs is het niet ondenkbaar dat de Sovjet onderneming arbitrage in het land der Westerse contractpartner aanvaardt (4). Ondernemingen van andere Oostblok-landen zien trouwens vaak af van een beslechting door de eigen Arbitrage-Commissie en stemmen in met een I.K.K.-arbitrage (5), of met een bedrijfssec-

-
- (1) Tiajproexport aanvaardde bijv. voor een overeenkomst inzake de bouw van een metaalbedrijf in Algerië een arbitrage door de Praagse Kamer van Buitenlandse Handel. BRATOUS, S.N., Arbitrage et coopération internationale en vue du développement industriel, scientifique et technique, Rev. Arb. 1972, 173-200, 182.
 - (2) Bijvoorbeeld het Sovjet-Turks akkoord van 25 maart 1967 en de algemene voorwaarden voor ontwikkelingshulp aan Algerië. BRATOUS, art. cit., 179-182. Zie tevens WAEHLER, in Materielles Recht und Verfahrensrecht in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, Frankfurt 1972, 59.
 - (3) BRATOUS, S.N., art. cit., 185-186 ; GENTINETTA, Lex fori, 106-107 ; MAURO, J., art. cit., 94 ; STUMPF, H. en LINDSTAEDT, W., Vereinbarungen über das anzuwendende Recht und das Zuständige Schiedsgericht in Handelsverträgen mit Osteuropäischen Ländern : AWD 1972, 228-231. Beroep Rouen, 21 oktober 1965, Rev. Arb. 1966, 22. Zie het geschil tussen de Nederlandse N.V. Gebroeders van Udens Scheepvaart en Agentuur Maatschappij v. Sovfracht, dat in Londen door Engelse maritieme arbitrage beslecht werd ((1942) 1 K.B. 222) ; Tevens de alternatieve arbitrage-instellingen in de Joegoslafse wet inzake de joint-ventures met buitenlanders (art. 27) en het Roemeense decreet inzake de oprichting en werking van joint-ventures (art. 37).
 - (4) Bijvoorbeeld Romulus Film Ltd tegen Sovexportfilm, Rev. Arb. 1970, 183 ; R.C.D.I.P. 1971, 470 ; Clunet 1971, 378 ; Exportles tegen Patrick & Thomson Ltd., C.A.C., nr. 5.
 - (5) Bijv. Bulgaarse ondernemingen waren partij tot I.K.K. nrs. 1813, 2073, 2095 en 2384. Een onderneming van de D.D.R. was partij in I.K.K. nr. 1716. Een Hongaarse onderneming was partij tot I.K.K. nr. 2102. Roemeense ondernemingen waren partij tot I.K.K. nr. 2154, 2496, 2544. Een Tsjechoslovaakse onderneming stemde toe tot I.K.K. nr. 2462. De I.K.K. is vooral populair bij de Joego-
.../...

toriële arbitrage (1).

De substitueerbaarheid van de arbitrage-commissies van de Oostblok-landen met de Westerse arbitrage-instellingen blijkt tevens enerzijds uit het feit dat de Sovjet Arbitrage-commissie soms geschillen beslechtte waarbij enkel Westerse firma's betrokken waren (2); anderzijds uit het feit dat de I.K.K. ook geschillen moest beslechten tussen ondernemingen van de Oostblok-landen (3). Partijen tot deze arbitrage hebben derhalve steeds op een actieve of (meestal) passieve wijze voor de beslechting door de Sovjet Arbitrage-commissie gekozen. Zonder dit akkoord is de Arbitrage-commissie trouwens niet bevoegd en heeft zij geen rechtsmacht (4).

Derhalve is de beslechting der Arbitrage-commissie voor Buitenlandse Handel der Sovjet Kamer van Handel en Nijverheid - voorzover niet

.../...

slaafse ondernemingen. Joegoslafse ondernemingen stemden toe tot I.K.K. nrs. 1393, 1713, 1717, 1754, 1782, 1967, 1789, 1810, 1817, 2038, 2080, 2124, 2134, 2168, 2171, 2230, 2231, 2239, 2278, 2362, 2366, 2371, 2427.

- (1) Prolexport (Roemenië) v. Man Ltd., (1972) 2 Lloyd's Rep. 375 (Londense suikerarbitrage); Londense maritieme arbitrage : Fidelitas Shipping v. Exportchleb (Bulgarije), (1966) 1 Q.B. 630; Rolimpex (Polen) v. Avra Shipping (1973), 2 Lloyd's Rep. 226; Jugoslavenska Oceanska Plovidba v. Castle Investment Co. (1973) 2 Lloyd's Rep. 1.
- (2) Bijv. N.V. Handelsmaatschappij J. Delveau (Nederland) tegen Provatorov (Engeland) C.A.C., nr. 65; Granaria (Nederland) tegen Granax (Zwitserland), C.A.C., nr. 70; Granaria (Nederland) tegen Compagnie continentale d'importation (Frankrijk), C.A.C., nr. 80; Continental d'Exportasion (Nederland) tegen Tradax Internacional (Panama), C.A.C., nr. 83; Tradax Internacional (Panama) tegen Weidera (Nederland), C.A.C., nr. 89; Papert & Co (Londen) tegen Moscow People's Bank (Londen), C.A.C., nr. 114; Mayer (Zwitserland) tegen Cogis (Italië), C.A.C., nr. 125; Rev. Arb. 1971, 149 (met noot FOUCHARD).
- (3) I.K.K. nr. 1702 (Joegoslavië - Polen); nr. 2229 (Hongarije - Joegoslavië); nr. 2260 (Joegoslavië - Tsjechoslovakië).
- (4) Reglement van de Arbitrage-commissie, C.A.C. deel I, 129; FOUCHARD, Arbitrage, nr. 335.

beheerst door het Verdrag van Moskou - werkelijk arbitrage (1). Dit wordt trouwens ook door rechtspraak uit verscheidene landen bevestigd (2).

§ 3. Overeenkomst tot arbitrage en arbitrage-overeenkomst

4. Door de overeenkomst tot arbitrage verplichten partijen zich om een geschil door arbitrage te laten beslechten. Het doel van deze overeenkomst is tweevoudig. Enerzijds onttrekt zij het geschil aan de bevoegdheid der rechtbank (3). Men zou dit haar negatieve werking kunnen noemen. Anderzijds heeft de overeenkomst tot arbitrage ook een scheppende werking. Door de overeenkomst tot arbitrage verplichten de partijen er zich toe om het geschil aan de aangeduide arbiters voor te leggen en om zich neer te leggen bij de uitspraak die de arbiters terzake zullen vellen. Immers enkel wanneer de partijen de uitspraak aanvaarden en uitvoeren is het geschil werkelijk beslecht

-
- (1) Ook FOUCHARD, Arbitrage, nr. 334-336 ; GENTINETTA, Lex fori, 106-107 ; GOLDMAN, 109 RdC (1963 II), 354.
- (2) Beroep Brussel 6 januari 1956, Pas. 1956, II, 140 en Cass. 16 januari 1958, R.C.D.I.P. 1959, 122 met noot MEZGER ; Corte di Appello van Milaan, 23 april 1965, Foro Italiano 1966. I. 907 ; Frans Cass. 12 maart 1968, R.C.D.I.P. 1969, 98 met noot E. MEZGER ; BGH. 26 juni 1969, KTS 1970, 39 ; NJW 1969, 2093 en BGH 7 januari 1971, NJW 1971, 986 ; BGHZ 55, 162 ; MDR 1971, 476 ; Betrieb 1972, 282.
- (3) - België : Ger. Wetb. art. 1679 ;
 - Duitsland : Z.P.O. § 274 II lid 3 ;
 - Frankrijk : Wat de "clause compromissoire" betreft : Cass. 27 februari 1939, Gaz. Pal. 1939.1.678 en Cass. 22 januari 1946, Dall. 1946, 239 ; Gaz. Pal. 1946.1.134. Wat het "compromis" betreft : Cass. 19 februari 1930, Clunet 1931, 90 ;
 - In Engeland moet de rechter er in feite over oordelen of hij door de overeenkomst tot arbitrage onbevoegd werd (Arbitration Act 1950, section 4). Dit is nog een overblijfsel van de oude Common law, waarin een overeenkomst tot arbitrage niet bindend was, daar partijen de rechter niet uit zijn jurisdictie konden onttrekken ("ousting the court"). Zie SAYRE, P., Development of commercial arbitration law, 37 Yale Law Journal, (1928), 595-617. In werkelijkheid zal de rechter zich evenwel meestal onbevoegd verklaren ; HALSBURY, Arbitration § 543-545 ; RUSSELL, Arbitration, 140-173.

en bereikt de arbitrage haar doel. Door de negatieve werking van de overeenkomst tot arbitrage kan de rechter de arbiter het gras niet voor de voeten wegmaaien door zelf het geschil te beslechten. Het positief aspect der overeenkomst tot arbitrage, waardoor de partijen zich ertoe verplichten de uitspraak te volgen, maakt de arbitrage tot een werkend alternatief van de rechterlijke beslechting. Het akkoord tussen de partijen om de uitspraak op te volgen komt dan in de plaats van het staatsgezag waardoor vonnissen tenuitvoer gelegd worden. Om dit doel te bereiken moet de overeenkomst tot arbitrage evenwel het geschil omschrijven, dat door arbitrage beslecht moet worden ; enkel op deze wijze kunnen de partijen erover akkoord gaan welk geval zij ter beslechting aan het oordeel van de arbiters zullen onderwerpen en is het voor de rechters duidelijk of het geschil aan hun rechtsmacht onttrokken is. Tevens moet de overeenkomst tot arbitrage omschrijven wie als arbiters aangeduid moeten worden.

5. Door de overeenkomst tot arbitrage kan de arbitrale beslechting evenwel nog niet aanvangen. De personen, die als arbiter moeten fungeren, dienen hun taak nog te aanvaarden. Inderdaad, de rechter is verplicht om elke zaak te kennen die de partijen hem voorleggen. Een arbiter heeft daarentegen geen plicht tot geschillenbeslechting. Om aan de overeenkomst tot arbitrage haar uitwerking te verlenen is het nodig dat de arbiter de rechtsmacht en bevoegdheid, die partijen hem aanbieden, aanvaardt. Dit kan impliciet gebeuren doordat hij als arbiter zetelt en kennis neemt van het geschil. Het kan ook uitdrukkelijk omdat de partijen met de arbiters een contract sluiten dat zij allen ondertekenen. Hierin omschrijven de partijen het geschil, stellen zij de arbiters aan en vermelden deze arbiters dat zij hun opdracht aanvaarden. Elke beslechting bij de I.K.K. moet bijv. aanvangen met de ondertekening van een "acte de mission" door partijen en arbiters (1). Deze stilzwijgende of uitdrukkelijke aanvaarding door de arbiter van de bevoegdheid en rechtsmacht, die partijen hem

(1) I.K.K. arbitragereglement art. 13. Zie tevens CEPINA-arbitragereglement, art. 16 lid 1.

aanbieden, kan men arbitrage-overeenkomst noemen (1). Hierdoor verkrijgt en aanvaardt de arbiter de bevoegdheid om van een vordering kennis te nemen en de rechtsmacht om het geschil te beslechten (2).

§ 4. Compromis en compromissoir beding

6. Een overeenkomst tot arbitrage omschrijft het geschil en duidt de arbiters aan. Het compromis, maar soms ook het compromissoir beding, komt als overeenkomst tot arbitrage in aanmerking.

De overeenkomst tot arbitrage bestaat meestal in de vorm van het compromis : een overeenkomst gesloten nadat het geschil ontstaan is en waarin de partijen het te beslechten geschil omschrijven en hun arbiters aanduiden (3).

Niet elke partij, die arbitrage in beginsel een geschikte beslechttingswijze vindt, blijft geneigd om een geschil, dat door haar tekortkoming ontstaan is, aan de arbiters te onderwerpen en om zich aldus een veroordeling op de hals te halen. Zelfs indien het geschil klaarblijkelijk niet aan haar fout te wijten is, kan een partij toch aarzelen in de arbitrage toe te stemmen daar zij het oordeel van de arbiters niet vertrouwt. Ook het wantrouwen tegenover de kosten van de arbitrage, of de kans dat een rechterlijk vonnis gunstiger zou uitdraaien dan een arbitrale uitspraak, kan een partij

-
- (1) Naar analogie met de Duitse term "Schiedsvertrag" ; BAUMBACH-SCHWAB, Schiedsgerichtsbarkeit, 88-90. Zie ook BREETZKE, E., Vertrag und Vergütung des Schiedsrichters, NJW 1968, 1113-1117.
 - (2) België : Ger. Wetb., art. 1678.
Duitsland : Z.P.O. § 1033, I.
Engeland : Arbitration Act (1950), section 7 (a) en 10 (b) en (d).
 - (3) Zie BERNARD, Arbitrage, nr. 32 ; BOEHLE, T.P.R. 1973, 8 ; DERMINE, Arbitrage, nr. 43. Ook in het Franse recht spreekt men van "compromis", (ROBERT, Arbitrage, nr. 32). In het Duits recht heeft men het over "Schiedsabrede" (BAUMBACH-SCHWAB, Schiedsgerichtsbarkeit, 54 ; SCHLOSSER, Schiedsgerichtsbarkeit, nr. 723) ; in het Engels over "submission" (RUSSELL, Arbitration, 39).

ertoe bewegen een arbitrale beslechting te vermijden. Indien er dan geen stok achter de deur staat om deze partij tot arbitrage te brengen, zou de arbitrage beperkt blijven tot beslechting van geschillen tussen partijen die menen dat zij niets bij een arbitrale beslechting te verliezen hebben. Aldus zou de arbitrage veel van haar nut en betekenis missen. Om deze reden lassen de partijen vaak een beding in een overeenkomst in dat stelt dat eventuele geschillen, die uit deze overeenkomst zouden ontstaan, door arbitrage moeten beslecht worden. Aldus verzekeren zij er zich van dat niet de rechter, maar een arbiter, geschillen inzake deze overeenkomst zal beslechten. Dit beding wordt compromissoir beding genoemd (1). Het heeft een algemene, doch slechts potentiële draagwijdte : het verplicht ertoe elk geschil inzake de overeenkomst door arbitrage te laten beslechten ; doch het staat uiteraard niet vast dat ooit een geschil over de overeenkomst zal ontstaan. De meeste compromissen worden gesloten omdat de partijen zich door een compromissoir beding tot de arbitrage verbonden hadden.

Vaak zal een arbitrage plaats grijpen omdat de partijen zich in een compromissoir beding tot arbitrage verbonden. Een rechtssysteem zal bijgevolg de mogelijkheden van de arbitrage kunnen indijken door het compromissoir beding ongeldig te verklaren.

Het Franse recht staat - zoals ook verder zal blijken - het meest huiverig tegenover de arbitrage die geschillen aan de rechtersstoel onttrekt. Omdat het compromissoir beding het spoor is waardoor gevallen aan de rechter onttrokken worden om aan het oordeel van arbiters onderworpen te zijn, zal het wantrouwen van het Franse recht ook blijken uit zijn houding tegenover het compromissoir beding.

Aanvankelijk was het compromissoir beding geldig zoals elke andere clause van de overeenkomst. In 1843 haalde het wantrouwen tegenover de arbitrage evenwel de bovenhand bij het Franse Hof van Cassatie:

(1) Zie BOEHLE, T.P.R. 1973, 8. In het Frans spreekt men van "clause compromissoire" (BERNARD, Arbitrage, nr. 149 : DERMINE, Arbitrage, nr. 43 ; ROBERT, Arbitrage, nr. 94) ; in het Duits van "Schiedsklausel" (BAUMBACH-SCHWAB, Schiedsgerichtsbarkeit, 54 ; SCHLOSSER, Schiedsgerichtsbarkeit nr. 723) ; in het Engels van "agreement to refer" (RUSSELL, Arbitration, 39).

"On ne trouve pas chez les arbitres les qualités qu'on est assuré de trouver chez des magistrats, la probité, l'impartialité, la compétence, la délicatesse des sentiments nécessaire pour rendre des jugements" (1).

Door het toevoerkanaal, dat het compromissoir beding is, te sluiten, hoopte het Franse Hof de arbitrage nagenoeg droog te leggen : voortaan zou elk compromissoir beding, dat het concrete te beslechten geschil niet specificieerde of dat de namen der arbiters niet vermeldde, nietig zijn. Het Hof steunde zich hiervoor op artikel 1006 van de Franse Code de procédure civile dat eist dat het compromis de definitie van het geschil en de aanduiding der arbiters bevat. Het Hof stelde dezelfde eisen aan het compromissoir beding. Deze laatste kon doorgaans onmogelijk een omschrijving bevatten van het geschil, vermits dit uiteraard nog niet ontstaan was toen het compromissoir beding tot stand kwam. Door te eisen dat ook het compromissoir beding de omschrijving van het geschil bevatte, verloren nagenoeg alle compromissoire bedingen hun bindende kracht. Het is duidelijk dat het Franse Hof van Cassatie een wapen wilde vinden om de arbitrage te raken. De juridische staving van het gevonden principe liet evenwel te wensen over. Het compromissoir beding is tenslotte slechts een soort voor-overeenkomst om een compromis te sluiten. Het was derhalve vanwege het Hof onredelijk om te eisen dat deze voor-overeenkomst alle elementen van het compromis moest bevatten.

Aangezien de arbitrage echter een nuttige beslechtingswijze bleef voor de handel wilden enkele wetsvoorstellen, rond 1900 ingediend, het compromissoir beding, dat het te arbitreren geschil niet omschreef, terug haar bindende kracht verlenen ; doch tevergeefs (2). Een meer dringende aanleiding was nodig opdat de wetgever op de beslissing van het Franse Hof van Cassatie zou terugkomen.

De Franse opvatting, dat een compromissoir beding partijen niet kon binden, had intussen de internationale handel verstoord. In andere landen waren compromissoire bedingen immers geldig ; zij kwamen vaak in handelsovereenkomsten voor. Moeilijkheden nopens het compromissoir beding rezen echter zodra met een Franse handelaar gecontracteerd werd. Teneinde dergelijke moeilijkheden te verhelpen kwam in 1923 het Protocol van Genève inzake het compromissoir beding, dat door een vijftigtal landen ondertekend werd, tot stand. Dit Protocol stelde de geldigheid van het compromissoir beding over de landsgrenzen heen veilig. Deze internationale erkenning van de geldigheid van het compromissoir beding veronderstelde evenwel dat dit beding in de eerste plaats in het interne recht geldig was. Alvorens het

(1) Frans Cass. 10 juli 1843, Sirey 1843.1.561 ; Dall. 1843.1.343.

(2) ROBERT, Arbitrage, nr. 95.

Protocol te ratificeren diende de Franse wetgever derhalve het compromisoir beding naar Frans recht geldig te verklaren. De wetgever stelde de nietigheidsgrond, die het Franse Hof van Cassatie ingevoerd had, echter niet volledig terzijde, maar vulde deze eerder aan : voortaan - en bij wijze van uitzondering - zou het compromisoir beding voor arbitrage inzake handelsgeschillen wél geldig zijn (1). Frankrijk formuleerde trouwens een voorbehoud in deze zin bij de ondertekening van het Protocol (2). Deze studie, die enkel de arbitrage van handelsgeschillen betreft, kan nochtans uitgaan van de vaststelling dat het compromisoir beding inzake handelsgeschillen ook naar Frans recht geldig is.

Het Belgische, Duitse en Engelse recht staan alleszins positiever tegenover het compromisoir beding. In Frankrijk is het beding ongeldig tenzij de wet het toelaat ; in de eerste drie landen is het beding daarentegen in de regel geldig telkens wanneer ook een geldig compromis gesloten kan worden. Naar Belgisch recht kan evenwel geen compromisoir beding gesloten worden voor geschillen, waarvan de beslechting tot de bevoegdheid van de Arbeidsrechtbank behoort (3) ; ook verklaarde de (nog geldende ?) rechtspraak het compromisoir beding ongeldig inzake geschillen die geregeld worden door de wet van 27 juli 1961 betreffende de concessies voor alleenverkoop (4). Anderzijds eist het Duitse recht voor de arbitrage van geschillen, die geen handelsgeschillen zijn, dat het compromisoir beding niet in de overeenkomst, waarop het betrekking heeft, geïncorporeerd wordt, maar dat het in een afzonderlijk document voorkomt (5).

-
- (1) Franse Code de commerce, art. 631, gewijzigd bij wet van 31 december 1925. In 1972 werd de principiële nietigheid van het compromisoir beding trouwens bevestigd : slechts indien de wet het beding toelaat (zoals in handelszaken), is het beding geldig (Code civil art. 2061, ingevoerd bij wet nr. 72-726 van 5 juli 1972).
 - (2) Zie BERNARD, Arbitrage, nr. 737.
 - (3) Ger. Weth. art. 1678 lid 2 ; wet van 30 juli 1963 over het statuut van de handelsvertegenwoordiger, art. 22 ; wet inzake de arbeids-overeenkomst voor werklieden, art. 6 bis ; wet inzake de arbeids-overeenkomst voor bedienden, art. 34 lid 1.
 - (4) Hrb. Brussel 29 september 1962, J.T. 1962, 588 ; Hrb. Brussel 22 juni 1965, J.T. 1966, 44 ; Beroep Brussel 7 januari 1969, Pas. 1969, II, 74 ; J.T. 1969, 528 ; Hrb. Brussel 21 maart 1972, J.T. 1972, 447. Het is de vraag of deze uitzondering, door de rechtspraak ingevoerd vooraleer de nieuwe arbitragewet van kracht werd, nog steeds geldt. De arbitragewet stelt dat elk geschil, waarover dading kan gesloten worden, arbitreerbaar is. Uitzonderingen hierop moeten door de wet voorzien zijn, aldus art. 1676 lid 3. Bijgevolg zou de rechtspraak geen uitzonderingen kunnen invoeren. In dezelfde zin van GERVEN, W., Handels- en Economisch Recht, Ondernemingsrecht, Antwerpen 1975, 370-372.
 - (5) Z.P.O. § 1027.

7. Het opstellen van een compromissoir beding is een delicate gelegenheid (1). Dit beding wordt onderschreven vooraleer de partijen een concreet geschil voor ogen hadden. Bijgevolg zal het eerder vaag zijn nopens de omschrijving van het te arbitreren geschil : hoe ruimer deze definitie hoe meer geschillen voor arbitrage in aanmerking zullen komen.

Partijen stellen het beding in dergelijke algemene termen op dat het de ganse categorie geschillen, die zij door arbitrage willen laten beslechten, omvat : "alle geschillen inzake de overeenkomst" (2), "alle geschillen inzake de uitvoering van de overeenkomst" (3), "inzake de interpretatie van de overeenkomst" (4), "inzake de totstandkoming of uitvoering van de overeenkomst" (5), "betreffende de kwaliteit van de geleverde waar" (6), of dies meer. Nadat een geschil, dat tot de aangeduide categorie behoort, gerezen is, zullen de partijen dit geschil normaliter in het compromis nauwkeurig omschrijven opdat de arbiters zouden weten waar rond de beslechting juist zal draaien.

Het compromissoir beding duidt meestal ook niet aan welke personen als arbiter moeten fungeren. Bij het sluiten van het beding hopen de partijen immers dat geen geschil zal ontstaan. Bijgevolg achten zij het te ver gezocht om dergelijke details, zoals wie als arbiter moet zetelen, in de overeenkomst neer te leggen. Bovendien kan het hun bedoeling zijn om zich de mogelijkheid te reserveren om, nadat het geschil gerezen is, de arbiters te kiezen die het meest geschikt zijn om het concrete geschil te beslechten (7). Anderzijds is het wense-

-
- (1) Zie de praktische richtlijnen gegeven door DELEUZE, J.M., La Rédaction des clauses compromissoires dans les contrats commerciaux internationaux, Ann. Liège 1964, 83-102. Hoe het niet moet toont EISEMANN aan in La clause compromissoire pathologique, Arbitrage Commercial Minoli, 129-161.
- (2) RUSSELL, Arbitration, 69.
- (3) ROBERT, Arbitrage, nr. 140.
- (4) Zie Beroep Parijs 25 januari 1972, Rev. Arb. 1973, 158 met noot FOUCHARD.
- (5) ROBERT, Arbitrage, nr. 140.
- (6) Zie bijv. Beroep Brussel 2 december 1971, Jur. Anv. 1971, 214.
- (7) Bij de olie-akkoorden, die in 1954 te Teheran werden afgesloten, werd bijv. de arbitrage anders georganiseerd naargelang de arbitrage technische of boekhoudkundige dan wel juridische geschillen betrof (Rev. Arb. 1956, 65-68).

lijk dat het compromissoir beding aan de partijen voldoende richtlijnen biedt bij het afsluiten van het compromis nopens de keuze der arbiters. Derhalve zal het vaak aanduiden hoe de arbiters benoemd moeten worden. Het kan bijvoorbeeld bedingen dat elk der partijen haar arbiter zal moeten aanduiden : deze beiden zullen dan een derde arbiter aanstellen. Het kan de benoeming der arbiters ook volledig overlaten aan een arbitrale instelling of aan een neutrale figuur, zoals de voorzitter van een rechtbank, enz. (1). In het compromis zullen de partijen dan hetzij de arbiters benoemen op de wijze, die in het compromissoir beding aangeduid was, hetzij zich onderwerpen aan de arbiters, die benoemd zullen worden door de instelling of de derde, die krachtens het compromissoir beding deze arbiters moet aanstellen.

In een overeenkomst tot aankoop van brouwgerst, die volgens het standaardcontract nr. 3 van de Arbitrage- en Verzoeningskamer voor Granen en Zaden van Antwerpen gesloten was, figureerde een compromissoir beding dat stelde dat

"alle geschillen, die zouden ontstaan tussen verkoper, koper of tussenpersonen of tussen twee dezer, worden beslecht door arbitrage".

Wanneer de koper vaststelde dat de geleverde gerst niet voldoende giste (95 %), sloten de koper en verkoper een compromis dat het ontstane geschil dan omschreef als

"begroting van prijsvermindering in uitvoering van de koop-verkoopovereenkomst van 19 september 1962, nr. 24016, voor Franse brouwgerst, goede gemiddelde kwaliteit van oogst 1962, gisting 95 %".

De partijen hadden, krachtens het compromissoir beding, weliswaar de mogelijkheid om de arbiters zelf te benoemen. In werkelijkheid

(1) Zie bijv. Frans Cass. 25 februari 1966 (Dall. 1967, J., 359 met noot ROBERT) over benoeming van arbiter door arbitrale instelling en Frans Cass. 7 februari 1968 (Dall. 1968, J., 552) over benoeming van arbiter door rechter.

lieten zij, zoals het beding ook toeliet, deze keuze aan de Arbitrage-Kamer over. Deze Kamer vulde op het compromis-formulier, dat nadien door de partijen ondertekend werd, de namen in van drie arbiters (1).

Zolang het compromissoir beding niet vermeldt welk concreet geschil aan de arbiters voorgelegd moet worden ofwel een verdere tussenkomst der partijen nodig maakt om de arbiters te benoemen, kan het niet als overeenkomst tot arbitrage volstaan. In principe is dan een compromis (waarin de partijen akkoord gaan over de inhoud van het geschil, dat door arbitrage beslecht moet worden, en over de keuze der arbiters) vereist om de arbitrage op gang te brengen. Indien één der partijen in deze hypothese geen compromis wil ondertekenen, zou de arbitrage volgens de gestelde principes normaliter spaak lopen.

Bij weigering van een onwillige partij om een compromis te ondertekenen, kan het compromissoir beding evenwel soms naar Belgisch, Duits, Engels en Frans recht als overeenkomst tot arbitrage fungeren. Het compromissoir beding is onbetwist uiting van de bedoeling van partijen om zich aan arbiters te onderwerpen. Uit dit beding blijkt aldus dat partijen vrijwillig voor arbitrage geopteerd hebben, - de eerste vereiste voor arbitrage (zie nr. 2). Weliswaar omschrijft het compromissoir beding niet het concrete geschil dat aan de arbiters moet voorgelegd worden. Doch ook zonder akkoord tussen partijen kan dit concrete geschil door de arbiters bepaald worden.

Volgens het Franse recht kan de omschrijving van het geschil blijken uit de briefwisseling tussen de partijen of uit een ingebrekestelling vanwege één der partijen (2); zelfs is het mogelijk dat de arbitrage-instelling het geschil omschrijft (3). In België wordt het geschil voldoende omschreven wanneer de partij, die het geschil bij het scheidsgerecht aanhangig wil maken, de tegenpartij van haar bedoeling

(1) Compromis in zaak nr. 42321 van de Arbitrage- en Verzoeningskamer voor Granen en Zaden.

(2) Zie Parijs 20 februari 1958, Rev. Arb. 1958, 23; Rouen 12 december 1958, Rev. Arb. 1959, 21; Parijs 8 juni 1972, Sem. Jur. 1973, nr. 17382; Trib. Gr. Inst. Parijs 15 februari 1973, Rev. Arb. 1974, 25; Parijs 24 mei 1974, Dall. 1974, J., 706; ROBERT, Arbitrage, nr. 123-124.

(3) Reims 6 april 1970, Rev. Arb. 1970, 161.

in kennis stelt en het geschil in deze kennisgeving omschrijft (1). In Engeland lijkt het geschil eveneens voldoende omschreven in de uitnodiging om een arbiter te benoemen, gericht aan de partij, die geen compromis wilde ondertekenen (2). In Duitsland is het de meest-gereede partij die, bij onwilligheid van de andere partij om aan de arbitrage deel te nemen, namens alle partijen met de arbiters de arbitrage-overeenkomst sluit. In deze overeenkomst wordt ook het voorwerp der arbitrage, het gerezen geschil, bindend omschreven (3).

De enige moeilijkheid, die nog kan resten om het compromissoir beding als overeenkomst tot arbitrage te laten doorgaan, is de aanduiding der arbiters. Indien het compromissoir beding stelde dat een derde de arbiters moeten benoemen, zal een compromis in feite overbodig zijn (4). Het beding zelf fungeert dan als overeenkomst tot arbitrage, dat door de derde wordt vervolledigd. Ook indien de partijen luidens het compromissoir beding zelf arbiters moeten aanduiden - maar een onwillige partij hieraan niet wil medewerken - is geen compromis nodig en kan het compromissoir beding de rol vervullen der overeenkomst tot arbitrage : de rechter zal de arbiters immers voor rekening van de partijen benoemen (5). In dit geval is het de rechter die het compromissoir beding tot een werkelijke overeenkomst tot arbitrage uitbouwt. De rechter lijkt het vrijwillig karakter van de arbitrage enigszins te verstoren. Hij doet evenwel niets anders dan zelf te verrichten waartoe de onwillige partij zich in het compromissoir beding verbonden had.

(1) Ger. Wetb. art. 1683, lid 1 a.

(2) Arbitration Act (1950), section 10.

(3) BAUMBACH-SCHWAB, Schiedsgerichtsbarkeit, 88-89.

(4) Bijv. Reims 5 april 1970, Rev. Arb. 1970, 161.

(5) België : Ger. Wetb. art. 1684 ; Duitsland : Z.P.O. § 1029 ; Engeland : Arbitration Act (1950), s. 10 ; Frankrijk : Cass. 5 november 1936, Gaz. Pal. 1936.2.942 ; Cass. 22 januari 1946, Dall. 1946, J., 239 ; Cass. 5 november 1962, Rev. Arb. 1963, 58. In National Enterprises Ltd. v. Racal Communications Ltd. (1974) 3 All. E.R. 1010 stelde de Engelse rechter evenwel dat hij geen arbiter kon benoemen indien de derde, die door de partijen aangeduid was om de arbiter te benoemen, weigerde deze aan te duiden ; tenzij wanneer de partijen uitdrukkelijk of stilzwijgend bedongen hadden dat zijzelf een arbiter konden benoemen, wanneer de aangeguide derde dit niet deed, en wanneer zij niet tot een akkoord konden komen.

Het compromissoir beding, dat - buiten het akkoord van de partijen - aangevuld kan worden met een omschrijving van het geschil en met de aanwijzing van de arbiters, krijgt dezelfde rechtsgevolgen als het compromis. Bijgevolg kan ook dit compromissoir beding, voldoende aangevuld, als een geldige overeenkomst tot arbitrage beschouwd worden.

HOOFDSTUK II

ASPECTEN VAN ARBITRALE RECHTSVINDING EN RECHTSAANWENDING

8. Zoals de rechter spreekt de arbiter recht. Hij spreekt zich uit over de rechtsgevolgen die uit rechtsfeiten volgen en bepaalt aldus de rechten en plichten van partijen (§ 1). Deze rechtspraak veronderstelt rechtsaanwending. Het is slechts door een rechtsregel op de feiten toe te passen dat de feiten juridisch relevant worden. De kern der rechtspraak ligt evenwel bij de rechtsvinding. Hieronder verstaat men de taak van rechter of arbiter om de rechtsregel te vinden, die op de feiten van het geval kan toegepast worden en die er de geschikte rechtsgevolgen aan vastknoopt. De arbiter vindt deze relevante rechtsnorm door interactie en dialoog met de partijen (§ 2). De arbitrale beslechting van het geschil komt evenwel niet tot stand door de dialoog tussen de partijen. Zij draait rond de spil, die de arbiter is. De arbiter moet de argumentatie der partijen waarderen en tegen elkaar afwegen. Hiervoor is nodig dat hij onafhankelijk en onbevangen tegenover de partijen staat. Bij arbitrage, waar de arbiter juist zijn benoeming aan de partijen te danken heeft, stelt dit eigen problemen (§ 3). Tenslotte rijst nog de vraag naar de motivering der arbitrale uitspraak. Moet de arbiter de partijen mededelen hoe hij tot het getroffen besluit gekomen is en de rechter door de motivering der uitspraak in staat stellen de arbitrale rechtsaanwending te toetsen (§ 4) ?

§ 1. Arbitrage is rechtspraak

9. Het is niet klaar wat de term "arbitrage" juist inhoudt (1). Bij arbitrage verzoeken de partijen een derde om een oordeel te vellen dat voor hen bindend is. In verscheidene omstandigheden kan een

(1) DAVID, in International Arbitration Domke, 58.

derde evenwel een oordeel vellen dat bindend is voor de partijen, die hem hierom verzochten (1). Doch niet al deze gevallen kunnen als arbitrage beschouwd worden.

Voorbeeld 1 :

De meerderheid der obligaties, uitgegeven door een Braziliaanse spoorwegmaatschappij, waren in Franse handen. In 1930, tengevolge van de monetaire devaluatie, besliste de Franse overheid dat de dividenden in goud-franken, en niet in gewone Franse franken, moesten betaald worden. De Braziliaanse regering verbood echter dergelijke betaling, zodat de obligatie-houders helemaal geen dividenden meer ontvingen. De titels werden derhalve enigszins waardeloos voor hen. De Braziliaanse regering wilde de toestand evenwel verhelpen en zij verklaarde zich bereid om de obligaties in te kopen tegen een prijs die door een derde bepaald zou worden. Is het werk van deze derde arbitrage? De vraag was belangrijk. Een obligatiehouder, die niet tevreden was met het bereikte voorstel, beriep zich immers op de Franse decreet-wet van 30 oktober 1935 waaruit volgde dat de overeenkomst tussen de Braziliaanse regering en de vergadering der obligatiehouders nopens de overname van de obligaties ongeldig zou zijn, indien de overeenkomst een arbitrage-overeenkomst was (2).

Voorbeeld 2 :

Een Belgische onderneming kocht van een Franse firma brouwergerst waarvan de gistingsgraad minimum 95 % moest bedragen. De overeenkomst was gesloten aan de hand van een type-contract van de Antwerpse Arbitrage- en Verzoeningskamer voor Granen en Zaden. Bij de levering der gerst hadden een vertegenwoordiger van de verkoper en een afgevaardigde van de koper elk, zoals art. 6 van de overeenkomst oplegde, een linnen zakje gevuld met een staal van de geleverde gerst. Wanneer de Belgische onderneming merkte dat de geleverde gerst de vereiste fermentatie niet bereikte, stuurde zij, zoals de overeenkomst voor dit geval voorschreef, haar monster voor bindende analyse naar de Arbitrage- en Verzoeningskamer. Het onderzoek, dat door de Antwerpse instelling verricht werd, bracht een ontoereikende gistingsgraad aan het licht (3). Is dit arbitrage? Zo ja, dan zou de Franse firma het oordeel van de Arbitrage- en Verzoeningskamer kunnen laten vernietigen vermits de partijen - wat voor arbitrage wel nood-

-
- (1) CLAVAREAU, P., Eenige Hulpovereenkomsten, Leiden 1947, bespreekt verscheidene rechtsfiguren waarbij een derde de rechten der partijen op deze wijze bepaalt.
 - (2) Frans Cass. 18 juni 1958, Rev. Arb. 1958, 91 met noot.
 - (3) Zaak nr. 42321 van de Antwerpse Arbitrage- en Verzoeningskamer voor Granen en Zaden.

zakelijk is - niet tegensprekelijk gehoord werden vooraleer met het onderzoek een aanvang genomen werd (1).

Voorbeeld 3 :

De Araabs-Amerikaanse oliemaatschappij, Aramco, verkreeg in 1933 een exclusieve olieconcessie van de regering van Saoedi-Arabië. Van dat tijdstip af ontgon Aramco er de olie en vervoerde zij de petroleum naar het Westen. In 1954 sloot Saoedi-Arabië evenwel met de reder Onassis een overeenkomst af waardoor deze laatste een voorkeursrecht verkreeg inzake het zeetransport van de petroleum vanuit Saoedi-Arabië. De regering verzocht Aramco tevens om voortaan haar petroleum door de Onassis-vloot te laten vervoeren. Aramco hield echter staande dat de concessie, die zij in 1933 verworven had, ook het recht omvatte om vrij de transportwijze voor de petroleum te kiezen. Om een einde aan de onenigheid te maken besloten de regering van Saoedi-Arabië en Aramco de vraag naar de juridische draagwijdte van de concessie aan derden voor te leggen. Deze zouden er zich moeten over uitspreken of Aramco's concessie voor Aramco het recht inhield om tevens de petroleum vanuit Saoedi-Arabië te vervoeren. De derden beantwoordden deze rechtsvraag positief en beslisten dat Saoedi-Arabië Aramco er niet toe kon dwingen om de petroleum met Onassis' tankers te verschepen (2). Was dit arbitrage? De arbiters spraken zich immers enkel over de inhoud van contractuele verplichtingen uit; geen partij had hen verzocht om de tegenpartij te veroordelen.

Voorbeeld 4 :

Prodexport, een Roemeense uitvoeronderneming, verkocht op 4 maart 1970 aan de Engelse firma E.D. & F. Man Ltd. een tienduizend ton suiker, waarvan de levering in oktober-november van dat jaar diende te geschieden. De overeenkomst was geldig, zowel naar Engels als naar Roemeens recht. De Roemeense suikeroogst werd evenwel door de watersnood van mei 1970 dermate geschaad dat een suikertekort ontstond. Op 6 november 1970 zag de Roemeense regering zich genoodzaakt om elke verdere uitvoer van suiker te verbieden. Prodexport, die nog de helft der suiker diende te leveren, beschouwde dit verbod als overmacht die haar van elk verder presteren ontsloeg. De Engelse koper eiste evenwel schadevergoeding wegens onvolledige levering. De Sugar Association of London, die het geschil beslechtte, oordeelde dat het uitvoerverbod de Roemeense onderneming niet van elke prestatieplicht ontheven had. Zij veroordeelde de Roemeense verkoper derhalve tot de betaling van een aanzienlijke schadevergoeding (3). Is

(1) Belgische Ger. Wetb. art. 1694, lid 2.

(2) Ad-hoc arbitrage van 23 augustus 1958 tussen de Regering van Saoedi-Arabië en de Arabian-American Oil Company, R.C.D.I.P. 1963, 272-363.

(3) Prodexport v. E.D. & F. Man Ltd, (1972) 2 Lloyds's Rep. 375; (1972) 3 W.L.R. 845.

dit arbitrage of niet ? Indien de uitspraak een arbitrage-uitspraak is en indien - bij veronderstelling - Prolexport zou weigeren de schadevergoeding te betalen, zou de Engelse partij de uitspraak in Roemenië gemakkelijk kunnen laten uitvoeren op grond van het Verdrag van New York betreffende de erkenning en de uitvoering van vreemde scheidsrechterlijke uitspraken (1958), waarvan Roemenië en Engeland allebei partij zijn. Is de beslissing daarentegen geen arbitrage, dan rest de Engelse koper niets anders dan schadevergoeding te eisen wegens niet-nakoming der contractuele verplichting om de uitspraak uit te voeren ; wat een meer moeizame en minder zekere procedure is.

10. Wat is arbitrage ?

Voor een definitie kan men best vertrekken van de opvatting der ontwerpers van de internationale verdragen inzake arbitrage. Uit deze verdragen blijkt immers de gemene deler van wat in alle landen als arbitrage aanzien wordt. Het Europees Verdrag houdende de eenvormige wet inzake arbitrage, dat in 1966 in de schoot van de Raad van Europa ontstond, stelt dat arbitrage de beslechting is van een "geschil dat reeds ontstaan is of nog kan ontstaan uit een bepaalde rechtsbetrekking" (1). Het Verdrag van New York over de erkenning en de uitvoering van buitenlandse scheidsrechterlijke uitspraken ziet het voorwerp van de arbitrage als geschillen "naar aanleiding van een bepaalde al dan niet contractuele rechtsbetrekking" (2). Door het Verdrag inzake de beslechting van geschillen met betrekking tot investeringen tussen Staten en onderdanen van andere Staten wordt een speciale arbitrage ingericht. Artikel 25 stelt evenwel duidelijk voorop dat deze arbitrage enkel rechtsgeschillen zal beslechten (3). Voor de Belgische arbitragewet beslecht de arbitrage een "geschil uit een rechtsbetrekking" (4) ; voor de Duitse arbitragewet een "Rechtsstreitigkeit" (5). Het lijkt derhalve algemeen aanvaard dat de ar-

(1) Art. 1 der éénvormige wet. Zie Belg. Staatsblad 8 augustus 1972, 8729.

(2) Art. II lid 1. Zie Belg. Staatsblad 15 november 1975, 14411.

(3) Zie Belg. Staatsblad 24 september 1970, 9548.

(4) Ger. Wetb. art. 1676.

(5) Z.P.O. § 1025 I.

bitrage de beslechting van een rechtsgeschil tot voorwerp heeft (1).

11. Arbitrage beslist geen zuivere belangengeschillen. Arbitrage is slechts mogelijk indien de partijen een geschil hebben over rechten (2).

Meestal bedingen koper en verkoper zelf de prijs der verkochte waar. In voorbeeld 1 was het evenwel voor de partijen te ingewikkeld om de prijs te bepalen van de over te nemen titels. Elke waardeschatting van deze titels, waarvoor geen markt bestond, was immers onzeker. Alle partijen hadden er echter belang bij dat de koop zou doorgaan. De koper wilde echter een lage koopprijs; de verkopers verkozen de hoogst mogelijke koopprijs. Derhalve droegen zij het aan een derde op om voor hen een prijs te begroten, die het best aan de tegengestelde belangen van koper en verkoper tegemoet kwam. Dergelijke prestatie-begroting is een vertrouwde figuur in het Belgisch, Duits, Engels en Frans recht (3). De prijsbegroting maakt de rechtsbetrek-

- (1) Het Europees Verdrag inzake de internationale handelsarbitrage lijkt het voorwerp van de arbitrage weliswaar ruimer te zien dan enkel rechtsgeschillen: "de beslechting van geschillen die zijn gerezen ... uit internationale handelsverrichtingen" (art. I, lid 1) (Belg. Staatsblad 17 februari 1976, 1692).
- (2) BERNINI, Rev. Arb. 1975, 30-33; 42-45; CUTRERA in Arbitrage commercial MINOLI, 101; SANDERS, Aantasting van arbitrale vonnissen, 28-31. Zie tevens SANDERS, Rev. Arb. 1975, 84.
- (3) Zie HABSCHEID, in International Arbitration Domke, 103-119. België en Frankrijk: Burgerlijk Wetboek art. 1592. Dit artikel, dat enkel de prijsbegroting bij de koop betreft, is analoog van toepassing op elke prestatiebegroting bij elke overeenkomst (ROBERT, Arbitrage, nr. 3). In het geval, dat in voorbeeld 1 aangehaald werd, oordeelde de rechter evenwel dat het een arbitrage betrof omdat de partijen de derde "arbiter" genoemd hadden en de uitspraak als "sentence" bestempeld hadden. Door de decreet-wet nr. 55-620 van 20 mei 1955 werd de decreet-wet van 30 oktober 1935 aangevuld zodat voortaan wel overeenkomsten tot arbitrage gesloten konden worden door de vergadering der obligatiehouders met gewone meerderheid, wanneer de tegenpartij tot de overeenkomst tot arbitrage een "collectivité étrangère" was. (Zie noot onder Frans Cass. 18 juni 1958, Rev. Arb. 1958, 91.) Duitsland: BGB § 317; STAUDINGER, Kommentar zum BGB § 317, nr. 3 A, 4; KORNBLUM, Die Rechtsnatur der Leistung in den §§ 315-319 BGB, 168 A.c.P. (1968), 450-469. Engeland: RUSSELL, Arbitration, 48-50.

king tussen de partijen "af". Vooraleer de derde de prijs begroot, heeft de verkoper geen recht op de betaling van deze prijs. De prijsbegroting erkent niet een bestaande rechtsgevolg, dat één der partijen als recht kan invoeren. Het is geen "Rechtsfeststellung". Door de prijsbegroting wordt een rechtsgevolg gecreëerd waardoor één der partijen een recht op de betaling der prijs verkrijgt ("Rechtsgestaltung") (1). De prijsbegroter oordeelt over de belangen der partijen ; niet over hun rechten. De prijsbegroting is een beslissing waaraan rechtsgevolgen kunnen vastgeknoopt worden ; zij knoopt zelf geen rechtsgevolgen aan rechtsfeiten vast. Derhalve is zij geen arbitrage (2). De gevolgen der prijsbegroting en der arbitrage verschillen. De prijsbegroting kan niet, zoals de arbitrage, ten uitvoer gelegd worden door een exequatur ; de partij, die zich aan de begrote prijs niet houdt, is enkel contractueel aansprakelijk. Slechts krachtens het verbintenissenrecht kan de prijsbegroting vernietigd worden ; de arbitrage-uitspraak is daarentegen vernietigbaar op grond der speciale rechtsmiddelen, die voorzien zijn in de arbitragewet.

-
- (1) Zie KORNBLUM, art. cit.. Deze auteur stelt evenwel, tegen de heersende Duitse rechtsleer in, dat de derde, die een prestatie begroot, meestal enkel in cijfers de prijs uitdrukt, die krachtens de billijkheid verschuldigd is. Derhalve zouden, aldus Kornblum (art. cit., 469), ook de meeste prijsbegrotingen "Rechtsfeststellungen" zijn. Het Reichsgericht bepaalde evenwel op 22 december 1936 (153 RZG 193, 195) dat de prijsbegroting geen arbitrage was : "Die Tätigkeit des oder der Dritten kann keine schiedsgerichtliche sein ; diese vervollständigen nur das zwischen den Parteien bestehende Rechtsverhältnis, sie setzen subjektives Recht ; sie echtscheiden aber keine Rechtsstreit". Naar Frans en Belgisch recht is er geen overeenkomst gesloten zolang de derde de prijs niet begroot heeft (bijv. Belgisch Cass. 5 juni 1953, Pas. 1953, I, 769 ; R.W. 1953-1954, 701). Hieruit volgt dat de derde zich niet uitspreekt over bestaande rechten, maar rechten voor de partijen schept.
- (2) Prestatie-begrotingen worden evenwel weleens als "economic arbitration" tegenover "judicial arbitration" gesteld (VAN OMTEREN, Réflexion sur le rôle de l'arbitrage international, Rev. Arb. 1972, 40-48, 42). Artikel 1592 van het Belgische en Frans Burgerlijk Wetboek noemen de prijsbegroting bijgevolg ten onrechte "arbitrage". (Cfr. Frans Cass. 19 november 1962, Rev. Arb. 1962, 138). In Engeland wordt de prestatie-begroting weleens verkeerdelijk "arbitration" genoemd. Het is echter beter van "quasi-arbitration" of van "valuation" te spreken (Finnegan v. Allen (1943) K.B. 425, 433-436) ; PARRIS, J., The Demise of Quasi-Arbitrators, New Law Journal 1976, 429-432.

De grens tussen prijsbegroting en arbitrage is evenwel niet steeds duidelijk te trekken (1). Bij overeenkomsten, die over een lange termijn gelden is het bijv. interessant om aan een derde op te dragen om de prijs op bepaalde ogenblikken tijdens de duur van de overeenkomst aan te passen aan de gewijzigde economische omstandigheden. Is dit arbitrage? Men zal m.i. moeten nagaan of de verkoper reeds, vóórleer de begroting plaats grijpt, recht heeft op de betaling van een prijs. Indien, na nauwkeurige analyse, blijkt dat de derde de inhoud van een bestaand recht op betaling vaststelt, staat men m.i. voor arbitrage. Indien de derde zich anderzijds enkel over de tegenstrijdige belangen van partijen inzake een te betalen prijs moet

-
- (1) Zie BERNINI-HOLTZMANN, Les techniques permettant de résoudre les problèmes qui surgissent lors de la formation et de l'exécution des contrats à long terme, Rev. Arb. 1975, 18-59; DAVID, Mélanges Savatier, 220; DEBEVOISE, The arbitrability of gaps in long-term scientific, technical and industrial development contracts, Harv. Intern. L.J. 1976, 122-130; HOLTZMANN, 10 Intern'l Lawyer (1976), 125-131; MATTEI, Arbitration and contracts of industrial cooperation in Arbitrage commercial Minoli, 301-314; SANDERS, ... RdC (1975 ...) nr. 10-12.

Lord Greene in Finnegan v. Allen (1943) K.B. 425, 432: "In one sense it is true to say that the fixation of a price in a contract is not deciding a matter in dispute, but I cannot, myself, see the difference between fixing a matter such as a price, on which the parties are unable to agree and determining some issue which has arisen between them".

Zie in het Franse recht bijvoorbeeld de nagenoeg gelijkaardige gevallen, waar een toevallige omstandigheid, als de termen die de partijen in de overeenkomst gebruikten, tot criterium van onderscheid verheven wordt: Cass. 25 mei 1962, Rev. Arb. 1962, 103 (prijsbegroting); Cass. 24 februari 1965, Rev. Arb. 1965, 140 (arbitrage); Cass. 19 november 1962, Rev. Arb. 1962, 138 had evenwel de bedoeling der partijen, als criterium van onderscheid, van de hand gewezen: ook al noemden de partijen een prijsbegroting arbitrage, het bleef een prijsbegroting.

Duitsland: de organisatie-vorm van de begroting lijkt bepalend (Reichsgericht 22 december 1936, RGZ 153, 193).

Engeland: indien de derde de opvattingen der partijen tegen elkaar moet afwegen, zou men voor arbitrage staan; anders betreft het "valuation" (RUSSELL, Arbitration, 48). Dit criterium lijkt al evenmin overtuigend daar bij de prijsbegroting partijen vaak elk hun schattingsnorm zullen verdedigen. Ook het naamloos artikel "Valuation or Arbitration" Arbitration 1967, 104-106 weet geen klaarheid te brengen.

uitspreken, maar geen partij recht heeft op betaling van een prijs zolang deze niet door de prijsbegroter omschreven is, is het prijsbegroting en geen arbitrage (1).

De "Société pour la recherche et l'exploitation des pétroles en Algérie" en de Franse E.R.A.P. sloten in 1960 enkele leveringscontracten af met de "Compagnie française de Raffinage". Zoals gebruikelijk bij overeenkomsten van lange duur bepaalde een beding der overeenkomst dat de prijs door de partijen herzien mocht worden, indien de toestand op de petroleummarkt of de algemene omstandigheden dermate gewijzigd zijn dat de uitvoering der overeenkomst voor één der partijen onbillijk werd (2). Wanneer de partijen het evenwel niet eens konden worden nopens de vraag of de prijs herzien mocht worden, besloot een derde, die hierom aangezocht werd, dat de herziening der prijs gewettigd was (3). Bij nader toezien moest de derde helemaal geen prijs begroten; hij diende enkel te beslissen of de omstandigheden zodanig gewijzigd waren dat een herziening, zoals voorzien in het contract, gewettigd was. Hij moest enkel nagaan of aan de gewijzigde omstandigheden het rechtsgevolg van de prijsherziening kon vastgeknoopt worden.

Een Tsjechoslovaakse onderneming zou aan een Roemeens bedrijf de volledige thermomechanische en electrotechnische apparatuur leveren voor een krachtcentrale. Daar beiden het over de prijs niet eens konden

-
- (1) Zie bijv. BGH 19 februari 1957, L.M. nr. 7 zu § 317. LG. Hamburg 27 mei 1970, NJW 1970, 2064. Tevens F.G. Sykes (Wessex) Ltd. v. Fine Fare Ltd. (1967) 1 Lloyd's Rep. 53, 60; Micklewright v. Mullock, (1974) 232 Estate Gazette 337.
 - (2) In de petroleum-industrie wordt veelal een beroep gedaan op een derde om de prijzen aan de gewijzigde omstandigheden aan te passen (DOMKE-GLOSSNER, in The present state of international law, 307-330, 327; VAFAT, Conflict Resolution in the international petroleum industry, 5 Journal of World Trade law (1971), 427 e.v.). Vier grote Perzische Golf Staten (Saoedi-Arabië, Koeweit, Abu Dhabi en Qatar) sloten een akkoord met hun olie-concessiehouders dat vanaf 1975 in werking trad: naast een groeiende aandelen-participatie van de staten, die zou uitmonden in een controlerende meerderheid, werd besloten dat de prijs, die de vreemde vennoten voor de "crude" moesten betalen, in samenspraak begroot moest worden. Indien geen enigheid over de prijs bereikt kon worden, zou de prijs door een "adjudicatory process, including arbitration" bepaald worden.
 - (3) Beroep Parijs 13 januari 1971, Rev. Arb. 1973, 68 met noot FOUCHARD; BGH 21 mei 1975, NJW 1975, 1556.

worden, besloten zij de prijs te laten begroten door de Sovjet Arbitrage-commissie voor Buitenlandse Handel (1). Uit de uitspraak blijkt het duidelijk dat het enkel om een belangengeschil ging; de standaard voor waardering moest rekening houden met de situatie van de koper en met de belangen van de koper. De beslissing, alhoewel uitgaand van een "Arbitrage-commissie", was derhalve slechts een prijsbegroting. Indien de partijen evenwel overeengekomen waren dat de installatie tegen de marktprijs moest geleverd worden, zou de beslissing wel arbitrage geweest zijn. De Arbitrage-commissie had dan niets anders moeten doen dan aan een bestaand recht op betaling een concrete inhoud te geven en aldus rechtsgevolgen aan de overeenkomst vast te knopen.

Een groep aandeelhouders van een vennootschap wilde haar aandelenpakket overdragen aan een andere groep. Daar het voor de partijen moeilijk was de prijs voor dit aandelenpakket te bepalen, droegen zij de prijsbegroting aan een derde op. Zolang de derde de prijs niet begroot heeft, heeft de verkoper geen recht om de betaling te eisen. Dergelijke beslissing is bijgevolg geen arbitrage. Wanneer de overdracht van aandelen geschiedt na het ogenblik dat hiervoor in de overeenkomst van overdracht voorzien was, heeft de koper recht op een vergoeding wegens laattijdige overdracht. Indien de derde zich niet alleen moet uitspreken over de waarde van de aandelen, maar ook over het bedrag der schadevergoeding, die voor de laattijdige levering verschuldigd is, staat men daarentegen wel tegenover arbitrage (2).

12. Ook het louter vaststellen van betwiste feiten - zelfs al kunnen hier belangrijke rechtsgevolgen aan gekoppeld worden - is geen arbitrage (3).

Partijen kunnen het niet eens zijn over de vraag of het geleverde aan

-
- (1) Machinoimport tegen Technoexport, C.A.C., nr. 86.
Zie als andere voorbeelden van prijsbegroting door arbitrage-commissies van Oostblok-landen: Schmidt K.G. v. Exportles, geciteerd door BECKER, E., Die Rechtsprechung der Sowjetischen Aussenhandels-schiedskommission, Keulen 1964, 40; de uitspraak van de Hongaarse Arbitrage-commissie, geciteerd in Clunet 1973, 498.
 - (2) Zie Seine 18 maart 1958, Rev. Arb. 1958, 130; Beroep Parijs 21 januari 1967, Rev. Arb. 1967, 13. Zie tevens Cass. 30 juni 1966, Pas. 1966, I, 1400; R.W. 1966-1967, 1223.
 - (3) SANDERS, Aantasting van arbitrale vonnissen, 31-33. Zie HOLTZMANN, Use of impartial technical experts to resolve engineering and other technological disputes before arbitration, in Arbitrage commercial Minoli, 233-255.

het bedongene beantwoordt. Zij zullen dan de kwaliteit der levering door een derde, die bijvoorbeeld over een analyse-laboratorium beschikt, laten beoordelen (VB. 3). Men spreekt dan van "kwaliteits-arbitrage" (1). Het is ook mogelijk dat een partij weliswaar niet ontkent dat zij de aangerichte schade moet vergoeden, maar dat zij, in samenspraak met de schadelijder, beslist dat een derde het bedrag der schadevergoeding bindend moet bepalen. Ook dit deskundig onderzoek wordt veelal "arbitrage" genoemd (2). Beide figuren kunnen evenwel niet als arbitrage aanzien worden, zolang de derde enkel bewiste feiten vaststelt. Slechts wanneer hij niet alleen bepaalt wat de kwaliteit van het geleverde is of hoeveel de schade bedraagt, maar zich tevens uitspreekt over de rechtsgevolgen, die aan deze feiten moeten vastgeknoopt worden, is er arbitrage (3).

13. Arbitrage sluit in dat de derde zich over de rechtsgevolgen, die aan de casus gekoppeld moeten worden, uitspreekt. Arbitrage veronderstelt niet dat de uitspraak een inhoud moet hebben die voor dwanguitvoering vatbaar is.

In voorbeeld 4 erkende de arbiters dat de koper een recht had op de betaling van een som als schadevergoeding wegens het niet-presteren van de verkoper ; het uitvoerverbod had niet als rechtsgevolg dat de

-
- (1) Zie bijv. Hrb. Gent 13 oktober 1966, R.W. 1966-67, 1872 inzake de kwaliteitsarbitrage voor de internationale handel in aardappelen, die geschiedt volgens de R.U.C.I.P. (Règles et usages du commerce international de pommes de terre). Zie tevens BGH 28 april 1960, NJW 1960, 1296 ; MDR 1960, 666 ; BB 1960, 679, Betrieb 1960, 754. ARNDT, A.F., Wirkung und Bedeutung der Schiedsgerichtsklausel im internationalen Getreidehandel, 6-8; BAUMBACH-SCHWAB, Schiedsgerichtsbarkeit, 51 ; DAVID, in Etudes Julliot de la Morandière, 157 ; FOUCHARD, Arbitrage, nr. 13-15 ; PEARSON, N., Arbitration and the business man, in International Arbitration Domke, 208 ; RAUSCHER, Schiedsgutachtenrecht, 32-38.
- (2) Zie bijvoorbeeld Beroep Brussel 11 januari 1963, J.T. 1963, 321 met noot.
- (3) België : Zie Beroep Brussel 30 oktober 1948, RGAR 1948, 4353 ; Bull. Ass. 1948, 652 ; Beroep Brussel 11 januari 1963, J.T. 1963, 321 ; Cass. 6 februari 1964, J.T. 1964, 292 en Pas. 1964, I, 596 ; Arbitrale Uitspraak 14 september 1961, Rev. Gen. Ass. Resp. 1961, 6776.
Frankrijk : ROBERT, Arbitrage, nr. 5.
Duitsland : BGH 28 april 1960, BGHZ 24, 460 ; NJW 1960, 1296 ; MDR 1960, 666 ; BB 1960, 679 ; Betrieb 1960, 754.
Engeland : Floor v. War Damage Commission, Arbitration 1955, 84.

verkoper niet meer moest presteren. De uitspraak van voorbeeld 3, waarin enkel de juridische inhoud van een concessie-overeenkomst gedefinieerd werd, en zonder dat hieruit een veroordeling volgde, is derhalve ook een arbitrale uitspraak (1). De arbiters bepaalden immers welke rechtsgevolgen aan een bepaalde clause van de overeenkomst gegeven moesten worden.

§ 2. Arbitrale rechtsvinding door interactie tussen arbiter en partijen

14. Zoals de rechter wendt de arbiter rechtsnormen aan. Het is evenwel de vraag in welke mate de arbiter bij het vinden van deze rechtsnormen door de partijen geholpen wordt. Hiervoor is het interessant om weten of de internationale en nationale rechter zelf de rechtsnormen ontdekt ofwel of de partijen hem naast de feiten tevens het recht voorschotelen (A). Bij de arbitrage stelt het probleem der rechtsvinding zich evenwel enigszins anders. De interactie tussen arbiter en partijen bij de rechtsvinding wordt er beïnvloed door de eigen kenmerken van de arbitrale beslechting, die trouwens van arbitrage tot arbitrage kunnen verschillen (B).

A. Rechtsvinding door de rechter

15. Het adagium legt de rechter de woorden "Da mihi factum, dabo tibi ius" (Geef mij de feiten, ik zal U recht geven) in de mond. Indien men deze spreuk voor waar zou houden, zou voor de rechter elke hulp vanwege de partijen bij het zoeken naar de rechtsnorm overbodig zijn. De partijen zouden de rechter enkel de feiten moeten voorleggen; de rechter zou dan wel weten welke rechtsnormen hij hierop moet toepassen. "Au fait, Maître, la Cour sait le droit" of meer universeel,

(1) Zie evenwel Beroep Brussel 24 februari 1898, Pas. 1898, I, 406 en Hrb. Antwerpen 22 december 1900, J.T. 1901, 60, die stelden dat een beslissing, die niet voor dwanguitvoering vatbaar is, geen scheidsrechterlijke beslissing kan zijn. Deze opvatting werd onmiskenbaar achterhaald (cfr. Hrb. Brussel 26 juni 1928, Jur. Com. Brux. 1928, 242; Beroep Parijs 6 juli 1971, Dall. 1971, J., 614; Rev. Arb. 1971, 119 met noot ROBERT).

"Iura novit curia". In werkelijkheid staan de partijen de rechter vaak bij zijn rechtsvinding bij.

1. Rechtsvinding door de internationale rechter

16. De internationale rechter moet in de eerste plaats internationaal recht toepassen. Het Internationaal Gerechtshof zou dit recht kennen ; bijgevolg zouden partijen de normen van het internationaal recht niet moeten bewijzen. Dit is tenminste wat Rechter Jessup poneerde in de zaak van de Barcelona Traction (1). Normen van internationaal recht, zoals verdragen, kunnen evenwel zonder informatie van de partijen niet door de rechter gekend worden (2). Daarenboven moet een partij, die een internationale gewoonte wil inroepen, tevens het geldend karakter van deze gewoonte bewijzen (3). In feite wordt van de internationale rechter enkel verondersteld dat hij de algemene beginselen van internationaal recht kent (4).

Een internationale rechter kan tevens een norm uit een nationaal recht toepassen. Van een internationale rechter kan in geen geval verondersteld worden dat hij alle nationale rechtssystemen kent. Bijgevolg zal het meestal nodig zijn dat de partijen de internationale rechter de inhoud van een nationale rechtsnorm mededelen (5).

(1) Zie 46 I.L.R. 1, 359.

(2) Bijv. Brits-Amerikaanse Arbitrale rechtbank, uitspraak van 9 december 1921, R.S.A. VI, 71. Zie tevens BRAVO, L.F., Le prova nel processo internazionale, Napels 1958, 80-91.

(3) I.G. 20 november 1950, I.C.J. Rep. 1950, 266, 276. I.G. 27 augustus 1952, I.C.J. Rep. 1952, 176, 200. WITENBERG, J.C., La théorie des preuves devant les juridictions internationales, 56 RdC (1936 II), 33-39.

(4) P.H.I.J. : Lotus-zaak, Series A, nr. 9, 31 ; P.H.I.J. : zaak van de Braziliaanse en Servische leningen, Series A, nr. 20/21, 124. LALIVE, J. Quelques remarques sur la preuve devant la Cour Permanente et la Cour Internationale de Justice, Ann. S. Dr. Intern., 1950, 85.

(5) Zie bijv. P.H.I.J. : zaak van de Braziliaanse en Servische leningen, Series A, nr. 20/21, 124 ; Hongaars-Servisch-Kroatisch-Slovense gemengde arbitrale rechtbank, uitspraak van 12 juli 1926, R.D.T.A.M. VI, 512 ; Tripartite Claims Commission, beslissing van 25 mei 1927, R.S.A. VI, 222 ; Amerikaans-Panamees Algemene Claims Commissie, uitspraak van 29 juni 1933, R.S.A. VI, 348. Zie tevens WITENBERG, J.C., o.c., 33-39.

Kortom, de meest aangewezen gang van zaken lijkt erin te bestaan dat de partijen aan de internationale rechter de inhoud van een rechtsnorm mededelen wanneer zij er niet zeker van zijn dat hij deze kent (1).

2. Rechtsvinding door de nationale rechter

17. "Iura novit curia" is eveneens te simplistisch wat de nationale rechter betreft. Uiteraard kan de rechter rechtsnormen uit contractuele bedingen slechts kennen in de mate waarin de partijen hem deze mededelen. Handelsgebruiken blijven hem meestal onbekend, indien de partijen hem niet op hun bestaan wijzen.

De toepassingsfeer van "Iura novit curia" reikt niet verder dan haar doel. De rechtbank heeft tot taak de eerbiediging van het eigen positieve recht af te dwingen. Indien de partijen vrij zouden kunnen discussiëren over de inhoud van dit positieve recht, en over de interpretatie die de rechtbank hieraan geeft, komt een gezagvolle toepassing van het positieve recht van de staat in gevaar. Door de slagzin "Iura novit curia" kan de rechter elk geredetwist over de inhoud van dit positieve recht de pas afsnijden. Dit is de achtergrond van het beginsel dat de rechter geacht is het recht te kennen. Het adagium betreft derhalve enkel het positieve recht van het forum (2).

Maar zelfs de kennis van het eigen positieve recht, in al zijn aspecten, is een voor de rechter flatterende fictie. Steeds kan het nuttig blijken dat de partijen de rechter bij het zoeken naar de rechtsnorm bijstaan. Voor de rechter is het bovendien niet steeds eenvoudig te weten welke positieve rechtsnorm op de feiten moet aangewend worden : meerdere normen kunnen in aanmerking komen ; hun inhoud kan onduidelijk zijn, enz.. In dergelijke gevallen bepleiten de partijen best (eventueel op uitnodiging van de rechter) tevens hun opvattingen

(1) Zie OORT, H., Bewijs voor de internationale rechter, Leiden 1966, 49.

(2) ZAJTAY, I., The application of foreign law, International Encyclopedia of Comparative Law, deel III, Hoofdstuk 14, nr. 11, 9.

over de juridische aspecten van het geschil. De argumentatie van een partij kan de rechter er trouwens toe bewegen om de toepassing van de positieve rechtsnorm te verfijnen. Kortom, ook wat het positieve recht betreft, kunnen de partijen de rechter waardevolle inlichtingen voor de rechtsvinding verschaffen (1).

18. De logica van "Iura novit curia" en van de ambtshalve aanwending van het positieve recht geldt in geen geval voor het buitenlands positief recht. Het buitenlands recht staat niet op gelijke voet met het *lex fori* : de rechter durft veelal dit vertrouwde *lex fori* niet verlaten om zich op het gladde ijs van het buitenlands recht te wagen (2). Hier stelt zich tevens een kennis-probleem : de rechter heeft niet steeds toegang tot de relevante buitenlandse wetteksten, vonnissen en auteurs om het buitenlandse recht te kennen (3). De rechter zou trouwens de belangen der partijen schaden indien hij, onverwacht en zonder overleg met de partijen, buitenlands recht op de casus zou aanwenden.

Het Belgisch, Duits, Engels en Frans recht hebben het probleem der rechtsvinding van buitenlandse normen op verscheidene wijzen opgelost.

De Engelse rechter matigt zich niet de geringste kennis van het buitenlands recht aan ; hij oordeelt in principe volgens het Engels recht. Indien een partij wenst dat een buitenlandse rechtsnorm op de casus wordt aangewend, moet zij deze rechtsnorm - zoals elk ander feit dat voor de beslechting relevant zou kunnen zijn - bewijzen (4).

Ook de Franse rechter beweert niet dat hij het buitenlands recht kent. Indien een partij hem niet om de toepassing van een buitenlandse rechtsnorm verzoekt, mag de Franse rechter een transnationale casus volgens

-
- (1) DE GRUYSE, L., De toepassing van het buitenlands recht door de nationale rechter, Antwerpen 1966, 31.
 - (2) ZAJTAY, I., o.c., nr. 13, p. 9.
 - (3) RIGAUX, F., Droit international privé, Brussel 1968, nr. 144.
 - (4) CHESHIRE Private International Law, Londen 1970, 123-125 ; DICEY-MORRIS Conflict of Laws, Londen 1967, Rule nr. 185, p. 1110. SCHMITTHOFF, C., in Die Anwendung ausländisches Recht im internationalen Privatrecht, Berlijn 1968 (hierna geciteerd als Anwendung), 88-101.

het interne Franse recht beoordelen (1). Indien een partij wenst dat een buitenlandse rechtsnorm toegepast wordt, dient zij de inhoud van deze norm te bewijzen (2). Eventueel kan zij in het raam van de Europese Overeenkomst nopens het verstrekken van inlichtingen over buitenlands recht de rechter verzoeken inlichtingen over het vreemde recht van een verdragspartij in te winnen (3). De Franse rechter heeft evenwel - in tegenstelling tot zijn Engelse collega - wel de bevoegdheid om - buiten het verzoek der partijen om - vreemd recht toe te passen indien hem dit nuttig lijkt (4).

Het Engelse, en in principe het Franse recht, lijken de bewijslast inzake de inhoud van het vreemde recht in beginsel op de schouders der partijen te leggen. Het Duitse recht veronderstelt een samenwerking tussen rechter en partijen om de inhoud van de buitenlandse rechtsnorm te vinden.

De Duitse rechter moet de buitenlandse rechtsnorm, die op de casus zou moeten aangewend worden, steeds ambtshalve toepassen. Naast eigen kennis en eigen informatie, kan hij evenwel ook aan de partijen vragen om de inhoud van een buitenlandse rechtsnorm, die hij op de casus zou moeten aanwenden, te bewijzen (5).

Het is niet duidelijk wanneer de Belgische rechter het buitenlands recht - buiten elk verzoek van de partijen om - mag aanwenden (6). Wel schijnt aanvaard dat de rechter de inhoud van de buitenlandse rechtsnorm in samenspraak met de partijen dient te vinden (7).

In de verscheidene rechtssystemen bestaat er geen uniforme opvatting inzake de plicht van de rechter om zelf de inhoud van het buitenlands

-
- (1) Cass. 12 mei 1959, Dall. 1960, J., 610 ; J.C.P. 1960. II. 11733 ; R.C.D.I.P. 1960, 62.
 - (2) BATIFFOL, H., Droit international privé, deel I, Parijs 1974, nr. 329 ; ZAJTAY, I. ; Anwendung, 15-27.
 - (3) Zie DESMEDT, H., De Europese Overeenkomst nopens het verstrekken van inlichtingen over buitenlands recht opgemaakt te Londen op 7 juni 1968, R.W. 1973-1974, 1371-1374.
 - (4) Cass. 2 maart 1960, J.C.P. 1960. II. 11734 ; R.C.D.I.P. 1960, 97 ; BATIFFOL, H., o.c., nr. 333.
 - (5) Z.P.O. § 293 ; MAKAROV, A., Grundriss des internationalen Privatrechts, Frankfurt 1970, 78-79 ; MULLER, D., Anwendung, 66-80.
 - (6) DE GRUYSE, L., o.c., 21-22, ziet dit beperkter dan RIGAUX, F., o.c., nr. 143, die stelt dat de rechter steeds vreemd recht moet toepassen.
 - (7) DE GRUYSE, L., o.c., 31 ; RIGAUX, F., o.c., nr. 144. Zie tevens de Europese Overeenkomst, toegelicht door DESMEDT, H., art. cit.

recht te vinden dat op de casus aanwendbaar is. Het ideaal is een soepele en wederzijdse samenwerking tussen rechter en partijen. Niet alleen de partijen zouden de rechter op de hoogte moeten brengen van de inhoud van de buitenlandse rechtsnorm, die zou aangewend moeten worden ; ook de rechter die ambtshalve buitenlands recht op de casus wil aanwenden, zou zijn opvatting over de inhoud van de aanwendbare buitenlandse rechtsnorm ter bespreking aan de partijen moeten mededelen (1). Zoals de "Union internationale des magistrats" betoogde biedt de wederzijdse dialoog tussen rechter en partijen inzake de inhoud van de aan te wenden buitenlandse rechtsnorm de meeste garanties dat de relevante rechtsnormen gevonden worden (2). De rechtsvinding der buitenlandse rechtsnorm dient derhalve in samenwerking met de partijen te geschieden.

B. Rechtsvinding door de arbiter

19. Bij de rechter geldt "Iura novit curia" slechts voor het eigen positieve recht omdat de rechter de naleving van dit recht moet verzekeren. De arbiter daarentegen is niet door de partijen aangesteld om de naleving van een positief recht af te dwingen, maar om een geschil volgens de meest geschikte rechtsnorm te beslechten. Elk recht is voor de arbiter vreemd recht. Hij vreest geen discussie over rechtsnormen ; dit helpt hem integendeel bij de beslechting. De partijen moeten derhalve niet alleen de feiten, maar ook het recht bepleiten. Anderzijds heeft de arbiter als taak de meest geschikte beslechtingsnorm te vinden. Indien de partijen hem deze niet aantonen, moet hij hem zelf zoeken, - en desnoods in een rechtssysteem waarmee hij niet vertrouwd is (3).

(1) ZAJTAY, I., o.c., nr. 22, p. 25.

(2) Resolutie van de "Commission de Droit International de l'Union Internationale des Magistrats", art. 4 in ROPERS, J.L., *la loi étrangère et le juge national*, J.C.P. 1967, Doctrine, nr. 2101.

(3) GOLDMAN, 109 RdC (1963 II), 450, legt de arbiters de algemene verplichting op om de inhoud van het vreemde recht te vinden wanneer de partijen verzuimen dit aan te tonen of wanneer zij hiertoe niet in staat zijn.

Een arbitrale uitspraak, door Goldman geciteerd, illustreert zowel de plicht van partijen om in rechte te pleiten als de opdracht van de arbiter om zelf de rechtsnorm te zoeken. De verweerder voerde aan dat de vordering onder het vreemde, toepasselijk recht verjaard was zonder dat hij evenwel de inhoud van de vreemde rechtsregel weergaf. De arbiter oordeelde enerzijds dat hij geen rekening kon houden met een norm van vreemd recht, waarop een partij zich beriep zonder dat zij de inhoud ervan bewees; anderzijds ging de arbiter evenwel zelf de inhoud van de norm na en ontdekte hij dat de norm niet de inhoud had die de verweerder haar toeschreef (1).

De samenwerking, de interactie, tussen arbiter en partijen bij de rechtsvinding zal afhangen van de aard der arbitrage. Is de arbiter vertrouwd met de inhoud van een norm, dan dient hij haar inhoud slechts met de partijen te bespreken. Zijn enkel de partijen met deze norm vertrouwd, dan moeten zij de arbiter deze norm mededelen. Is de norm zowel aan de arbiter als aan de partijen onbekend, zullen allen, elk naar zijn vermogen, naar de inhoud van deze norm zoeken. De samenwerking tussen arbiter en partijen zal derhalve afhangen van de soort arbitrage.

20. De partijen kunnen als arbiter aanstellen een deskundige, die het geschil weliswaar economisch en technisch volledig kan doorpeilen, maar die minder vertrouwd is met zijn juridische aspecten. In deze hypothese biedt enkel een degelijke samenwerking tussen partijen en arbiter inzake de aan te wenden norm een garantie dat de partijen de juridische juistheid van de arbitrale beslechting niet opgeofferd hebben aan de technische onderlegdheid van de arbiter. In dit geval zouden de partijen derhalve eerst zelf aan de arbiter de inhoud van de relevante rechtsnormen dienen uiteen te zetten. Vervolgens zouden zij, door samenspraak met de arbiter, moeten nagaan of deze de rechtsnormen juist begrepen heeft. Indien de arbiter anderzijds zelf een rechtsnorm zou willen toepassen, dient hij diens inhoud in samenspraak met de partijen te definiëren.

Het Bundesgerichtshof moest eens oordelen of de omstandigheid dat de arbiters geen overleg gepleegd hadden met de partijen over de aan te

(1) GOLDMAN, 109 RdC (1963 II), 449-450.

wenden rechtsnormen op zichzelf een voldoende grond was om de arbitrale uitspraak nietig te verklaren. Het Hof oordeelde :

"Dagegen ist das Schiedsgericht im Rahmen der ihm obliegenden Anhörungspflicht nicht gehalten, den Parteien seine Rechtsansicht mitzuteilen und sie zur Äusserung hierzu aufzufordern ... Denn in keinen Falle kann dies (ein "Rechtsgespräch") für die Schiedsgerichte angenommen werden, die sich häufig aus nicht rechtskundigen Richtern zusammensetzen ; für sie könnten sich daraus schwer oder gar nicht erfüllbare Forderungen ergeben" (1).

Hieruit zou men kunnen afleiden dat bij arbitrage de juistheid der juridische beslissing in de schaduw staat van de technische expertise. Door samenspraak tussen arbiter en partijen kan de juridische grondslag van de uitspraak wellicht verbeterd worden, zonder dat de technische juistheid van de beslissing hierdoor te lijden krijgt.

Het ware wellicht beter geweest indien het Bundesgerichtshof gesteld had dat er wel een verplichting bestaat voor de arbiters om een "Rechtsgespräch" met de partijen te houden, maar dat een inbreuk op deze verplichting niet automatisch de nietigheid van de uitspraak tot gevolg heeft.

21. De partijen kunnen evenwel tevens voortreffelijke juristen als arbiters aanstellen. Is elke samenspraak over rechtsnormen niet zinloos tussen partijen, die handelslui zijn, en hun arbiters, die juridisch beter geschoold zijn ? In elk geval moeten de partijen de arbiters de inhoud mededelen van de contractuele rechtsnormen en van deze, die uit handelsgebruiken en -gewoonten stammen. Samenspraak is evenwel steeds nodig. De rechterlijke uitspraken steunen op het staatsgezag ; de arbiters hopen daarentegen dat de partijen, die de arbitrage vrijwillig kozen, tevens de uitspraak zonder dwang zullen aanvaarden en uitvoeren. De arbitrale uitspraak maakt meer kans om aanvaard te worden indien ook de partijen aandeel hadden in het vinden der relevante rechtsnormen. Het is bovendien beter dat een partij haar bezwaren tegen rechtsnormen kan mededelen aan de arbiters, dan dat zij, eenmaal de uitspraak geveld, de uitspraak wegens de aanwending van deze rechtsnormen voor de rechter aanvecht. Op deze wijze heeft de arbiter de gelegenheid hetzij om de partij van de ongegrondheid van haar bezwaren te overtuigen, hetzij om bij de beslechting

(1) BGH 8 oktober 1959, NJW 1959, 2214.

rekening te houden met de kans dat de partij de uitspraak wil laten vernietigen wegens toepassing van een verkeerde rechtsnorm zodat hij deze norm eventueel terzijde laat. Kortom, ook al werd de arbiter omwille van zijn uitmuntende juridische kennis en zijn scherpzinnig oordeel gekozen, het dwangloze van de arbitrage sluit m.i. in dat de arbitrage eveneens inzake de rechtsvinding een discussie-forum biedt voor arbiter en partijen.

Deze samenwerking bij de rechtsvinding vereist evenwel niet dat partijen en arbiters uitvoerig overleg plegen inzake het bestaan en de inhoud van elke toepasbare rechtsnorm. Dergelijke handelwijze zou langdurig en veelal onvruchtbaar zijn. Belangrijk is dat er, ook voor de rechtsvinding, een geest van samenwerking heerst.

Hoe deze geest van samenwerking tussen partijen en arbiters zich kan uiten blijkt uit de Turiff-arbitrage, waar de regering van Soedan en een Engelse aannemingsfirma partij waren (1). De partijen en arbiters waren tot het akkoord gekomen dat Soedanees of Engels recht op het geschil van toepassing was. Allen waren met deze rechtssystemen vertrouwd. De arbiters hadden bijgevolg aan de partijen te kennen gegeven dat niet elke norm van Engels of Soedanees recht, die op de zaak van toepassing kon zijn, door de partijen diende bewezen te worden. Slechts voor zover de partijen dit nuttig achtten, konden zij de draagwijdte van een rechtsregel uit deze rechtssystemen verduidelijken. Zo bewees de aannemer bijv. door middel van een "affidavit" in welke mate naar Soedanees recht intresten op de hoofdsom verschuldigd waren (2).

De arbitrage tussen Petroleum Development Ltd. en de Sjeik van Abu Dhabi levert een voorbeeld van samenwerking zoals deze tussen partijen mogelijk is (3). In casu was het voor de arbiter belangrijk om de inhoud te kennen van de concessie-overeenkomst, waarrond het geschil draaide, en die opgesteld was in het archaïsch en moeilijk vertaalbare Araabs, dat rond de Perzische Golf gesproken werd. Beide partijen legden de Engelse arbiter uiteenlopende vertalingen van de concessie voor. Om de beslechting te vereenvoudigen verklaarde Petroleum Development Ltd. zich evenwel bereid om zich bij de Engelse vertaling van de Sjeik aan te sluiten.

(1) Zie ERADES, De Soedan-arbitrage, N.T.I.R. 1970, 221.

(2) ERADES, N.T.I.R. 1970, 219.

(3) Petroleum Development Ltd. tegen Sjeik van Abu Dhabi, 18 I.L.R. 144, 149.

22. De partijen kunnen de beslechting van het geschil ook toevertrouwen aan een arbitrage-instelling, die in de schoot van een bedrijfsorganisatie geschillen beslecht tussen handelaars uit deze bedrijfssector. De reeds vermelde Antwerpse Arbitrage- en Verzoeningskamer voor Granen en Zaden kan als voorbeeld gelden voor een bedrijfssectoriële arbitrage voor de graanhandel. De arbiters van een bedrijfssectoriële arbitrage - doorgaans zelf handelaars in de bedrijfssector - zijn dermate met de handelsgebruiken van de sector vertrouwd dat het overbodig zou lijken dat de partijen en de arbiters hierover van gedachten zouden wisselen. Doch ook in dat geval is samenspraak vereist.

Een Engels arrest bevestigt dit. Arbiters van de London Cattle Food Trade Association, die volgens de handelsgebruiken moeten oordelen, hadden in een uitspraak het bestaan van een "custom or practice" erkend, die door geen der partijen ingeroepen was. De Queen's Bench verweet de arbiters echter dat zij ongevraagd een "custom or practice" hadden toegepast, zonder de partijen de gelegenheid te bieden om hun opvatting inzake het bestaan, de inhoud en de betekenis van dit handelsgebruik aan de arbiters mede te delen. De rechters besloten dat - zelfs bij een bedrijfssectoriële arbitrage - een eerlijke beslechting enkel mogelijk was door een samenspraak tussen partijen en arbiters over de eigen handelsgebruiken :

"The commercial community is fortunate in the skill and conscientiousness of those who devote time to the resolution of commercial disputes by arbitration... A trade tribunal is fully entitled to use its own knowledge of the trade. Indeed the fact that it has this knowledge is one of the reasons why it exists and performs a most useful purpose. Experience, however, dictates that this knowledge shall never be used in such a way as to take a party by surprise. If therefore a tribunal considers that both parties have missed the point ... it should invite the parties to deal with this point... Such a course is not only fairer to the parties ; it also enables the tribunal to have additional assistance from the parties in arriving at a just decision" (1).

23. Het is mogelijk dat noch de arbiter, noch de partijen vertrouwd zijn met de rechtsnormen die moeten aangewend worden. In dit geval kan de arbiter de rechtsvraag voorleggen aan een onpartijdig, des-

(1) Thomas Borthwick v. Faure Fairclough, (Q.B.) (1968) 1 Lloyd's Rep. 16, 29.

kundig jurist en diens advies inwinnen (1). De arbiters, die door de partijen aangeduid werden, en niet de door de arbiters geconsulteerde jurist, moeten echter recht spreken. Derhalve zijn de arbiters niet aan het ingewonnen advies gebonden, maar kunnen zij er zich slechts door laten inspireren. Het inwinnen van advies brengt kosten met zich mee. Bijgevolg moeten de partijen zich erover akkoord verklaren dat de arbiters geld spenderen om juristen te consulteren. Het is tevens mogelijk dat het arbitragereglement de arbiters deze mogelijkheid biedt.

Zo laat het reglement van de arbitragekamer van Parijs de arbiter toe om over rechtsvragen het advies in te winnen van de juridisch adviseur van de arbitragekamer (2). Arbiters van de Tsjechoslovaakse Arbitrage-commissie kunnen luidens het reglement eveneens inlichtingen over de inhoud en toepassing van buitenlands recht inwinnen bij het directie-comité (3).

§ 3. Onpartijdigheid van de arbiter

24. De beslechting geschiedt contradictoir. Het is op tegenspraak met de tegenpartij dat elke partij haar stellingname inzake het geschil argumenteert. De rechter en arbiter moeten deze argumentaties waarderen en tegen elkaar afwegen. Dit kan slechts rechtvaardig gebeuren als zij zonder vooroordelen en onbevangen tegenover de partijen staan. Deze onbevangenheid wordt in de hand gewerkt door een financiële onafhankelijkheid van de partijen. Als magistraat door de staat benoemd en bezoldigd, wordt de rechter niet door de partijen betaald. Door het ambt, dat de staat hem toekent en waarvoor hij

-
- (1) Giacomo Costa Fu Andrea v. British Italian Trading Co. (1961) 2 Lloyd's Rep. 392, bevestigd (1963) 1 Q.B. 201. Zie tevens Bunten & Lancaster (Produce) Ltd. v. Kiril Mischeff Ltd. (1964) 1 Lloyd's Rep. 386, waar de arbiter onwetend bij de sollicitator van één der partijen te rade gegaan was. Zie tevens BGH 22 mei 1957, 71 ZZP (1958), 427. Zie tevens KRAFZIK, Spruchpraxis, 43.
 - (2) Zie PLAISANT, R., La Chambre Arbitrale de Paris, Rev. Arb. 1955 6-10, 9.
 - (3) Art. 31 van het Reglement, geciteerd Rev. Arb. 1974, 45.

bezoldigd wordt, staat de rechter doorgaans onbevangen tegenover partijen. De arbiter kan evenwel niet op dezelfde manier als de rechter onbevangen staan tegenover de partijen (1).

25. Een eerste element, dat de onpartijdigheid van de arbiters in gevaar brengt, is het inkomen dat zij door de beslechting verwerken. Betaling van honoraria brengt hun onafhankelijkheid wel niet werkelijk in het gedrang daar honoraria in elk geval krachtens de arbitrage-overeenkomst door de partijen gezamenlijk verschuldigd zijn. Ook de verdeling van de betalingslast tussen de partijen, zoals de arbiter deze in zijn uitspraak vaststelt, tast dienst onafhankelijkheid niet aan : steeds zal de arbiter de betaling van zijn honorarium van de andere partij kunnen vorderen indien degene, die hij tot de kosten veroordeelde, deze weigert te betalen. De onafhankelijkheid wordt daarentegen werkelijk in gevaar gebracht in het stadium dat de arbiter het recht op honorarium verwerft, nl. op het ogenblik dat hij als arbiter aangeduid wordt. Geen probleem rijst wanneer de arbiter zijn benoeming te danken heeft aan beide partijen, die hem in gemeenschappelijk overleg hebben aangesteld. Even vaak gebeurt het echter dat elk der partijen haar eigen arbiter benoemt. Deze beide arbiters hebben vaak vooral oog voor het standpunt en de belangen van de partij, aan wie zij hun benoeming te danken hebben. Dit is het probleem van de arbiter-partij. Moet hij zich hoofdzakelijk gedragen als objectieve arbiter ofwel als advocaat van de partij die hem aanstelde ?

Naar Frans, Duits en Engels recht mogen deze beide arbiters over de zaak oordelen (het Belgisch recht verbiedt de beslechting toe te

(1) Zie bijv. EISEMANN, L'indépendance de l'arbitre, Rev. Arb. 1970, 217-220 ; idem, Probleme déontologici dell' arbitro, 25 Riv. Dir. Proc. 1970, 64-82 ; HABSCHEID, Das Problem der Unabhängigkeit der Schiedsgerichte, NJW 1962, 5-12 ; idem, Drei aktuelle Fragen des internationalen privaten Schiedsrechts, KTS. 1964, 146-166, 156-166 ; KORNBLUM, Probleme der schiedsrichterlichen Unabhängigkeit, München 1968 ; SCHLOSSER, Schiedsgerichtsbarkeit, nr. 459-470.

vertrouwen aan twee arbiters) (1). Wanneer deze arbiters het niet eens kunnen worden wordt er naar Frans en Engels recht meestal een derde arbiter aangeduid, desnoods door de rechtbank (2). Naar Duits recht kan een derde arbiter slechts benoemd worden indien de overeenkomst tot arbitrage beide arbiters hiervoor de bevoegdheid verstrekt (3). In elk geval mogen de arbiters, die door de partijen aangesteld werden, naar Belgisch, Duits, Frans en Engels recht een derde arbiter voorstellen vóórleer de zaak behandeld wordt. De derde arbiter kan, zoals de Engelse "umpire" (4) of de Franse "surarbitre" (5), autonoom oordelen, zonder dat de twee eerste arbiters nog een beslissingsstelsel hebben. Hij kan, zoals de Engelse, "third arbitrator" (6), de Franse "troisième arbitre" (7) of de derde arbiter naar Belgisch en Duits recht, samen met de twee eerste een college vormen, dat met meerderheid beslist. Hij kan zich ook, zoals de Franse "tiers arbitre" (8), aansluiten bij de reeds gevelde opvatting van één van beide eerste arbiters.

-
- (1) België : Ger. Wetb. art. 1681 ; Frankrijk : Code proc. civ. art. 1017 ; Duitsland : Z.P.O. §§ 1028 en 1033, lid 1 ; Engeland : Arbitration Act s. 8.
 - (2) Frankrijk : Cod. proc. civ. art. 1017 ; ROBERT, Arbitrage nr. 204-205 ; Engeland : Arbitration Act s. 8 ; RUSSELL, Arbitration, 101-106 ; 110-111.
 - (3) Duitsland Z.P.O. § 1033.
 - (4) Arbitration Act s. 9.
 - (5) In Frankrijk is de "surarbitre" door de praktijk ingevoerd. Zie over het verschil tussen de "tiers arbitre", die met anderen oordeelt, en de "surarbitre", die alleen oordeelt : Beroep Parijs 10 mei 1957, Rev. Arb. 1957, 66 ; Beroep Parijs 4 juli 1957, Rev. Arb. 1957, 93 ; Beroep Parijs 12 mei 1959, Rev. Arb. 1959, 49. Zie tevens de figuur van de "surarbitre" in het akkoord tussen de Belgische Société Générale des Minerais en de Zaïrese Gecommin, in KOVAR, R., La congolisation de l'Union Minière du Haut-Katanga, A.F.D.I., 1967, 742, 774.
 - (6) Arbitration Act, s. 9 ; RUSSELL, Arbitration, 199.
 - (7) Zie ROBERT, Arbitrage, nr. 203. Frans Cass. 24 februari 1965, Rev. Arb. 1965, 140 : de "troisième arbitre" moet op straffe van nietigheid met de co-arbiters delibereren ; Beroep Parijs 29 juni 1972, Dall. 1973, J., 176 : de "troisième arbitre" moet zich niet bij de vroegere mening van één der arbiters aansluiten.
 - (8) Zie Code proc. civ. art. 1017 ; ROBERT, Arbitrage, nr. 206-208. Deze figuur vangt veel kritiek : MOUZON, P., Considérations sur l'arbitrage, Gaz. Pal. 1974.2., Doctr., 573-574.

De arbiters, die door de partijen aangesteld werden, blijven arbiters zolang zij het geschil mede moeten beslechten. Alhoewel zij elk door één van de partijen benoemd werden, mogen zij niet het standpunt van deze partij verdedigen, alsof zij haar advocaat waren (1). Zij dienen de stellingen van alle partijen onpartijdig tegenover elkaar af te wegen. Slechts in het geval dat een "umpire", "surarbitre" of "tiers arbitre" alleen oordeelt mogen de beide arbiters tegenover de eerste optreden als advocaat van de partij die hen benoemde (2).

26. Ook persoonlijke banden kunnen de onpartijdigheid van de arbiter in het gedrang brengen.

De arbiters worden veelal gekozen omwille van hun vertrouwdschap met de aard van het geschil. Bij handelsarbitrage betekent dit vaak dat de arbiter in dezelfde handel betrokken is als de partijen. Aldus is het niet uitgesloten dat één der partijen een belangrijke handelspartner van de arbiter is, die deze in zijn uitspraak zou willen sparen, ofwel dat de arbiter juist hoopt door een gunstige uitspraak

-
- (1) Zie Belg. Ger. Wetb. art. 1701 ; Duits Z.P.O. § 1038 ; Beroep Gent 18 januari 1952, R.W. 1951, 1553 ; J.T. 1952, 350. Eveneens Resoluties van Internationaal Arbitrage-congres (1961), Rev. Arb. 1961, 37, 114. EISEMANN, L'arbitre-partie in International Arbitration Domke, 78 ; LALIVE, 120 RdC (1967,I), 684 ; MINOLI, E., Rérelations entre partie et arbitre, Rev. Arb. 1970, 221-226. VAN OMMEREN, Rev. Arb. 1972, 42. Rapport explicatif sur la convention européenne portant loi uniforme en matière d'arbitrage, Straatsburg 1967, nr. 47, ook overgenomen in Parl. Besch. Kamer (1970-1971), nr. 988-1, 14 inzake de mogelijkheid van iedere partij om een arbiter te benoemen : "het spreekt vanzelf dat de scheidslieden, op welke wijze zij ook worden benoemd, hun taak zoals een rechter moeten opvatten, dit is in onafhankelijkheid en onpartijdigheid".
- (2) RUSSELL, Arbitration, 199-200. Zie Wessanen's Koninklijke Fabriken v. Isaac Modiano, (1960) I W.L.R. 1243, 1247. Ook in het Franse recht verdedigen de arbiters de uitspraak die zij velden tegenover de "tiers arbitre" en trachten zij deze tot hun zienswijze over te halen (ROBERT, Arbitrage, nr. 207).

de handelspartner van deze partij te worden (1). Omdat de arbiters experten zijn, is het daarenboven niet uitgesloten dat zij één der partijen voordien over het geschil geadviseerd hebben ; het zal hen dan moeilijk vallen om in de beslechting onpartijdig en onvooringenomen te oordelen en eventueel hun vroeger advies op de helling te brengen (2). Om dezelfde reden zal het moeilijk zijn voor een jurist, die als advocaat van één der partijen bij de litigieuze transactie optrad, om als arbiter onpartijdig over deze transactie te oordelen (3). Zo ook zal de architect moeilijk onpartijdig kunnen oordelen over een geschil tussen de opdrachtgever en de aannemer : van de beslechting van dit geschil hangt het immers af of één van beiden tegen de architect een rechtsvordering zal instellen (4).

- (1) Zie over de omgekeerde verhouding tussen deskundigheid en onpartijdigheid van de arbiter : VAN HOECKE, M., Arbitrage en deskundigheid, T.P.R. 1973, 97-111, 109.
- (2) Bijv. - Arbiter die voordien raadsman van één der partijen geweest was ; Beroep Parijs 7 mei 1968, Dall. 1968, J., 512 ; Rev. Arb. 1968, 61 ; Frans Cass. 6 december 1972, Rev. Arb. 1974, 94.
 - Eén der drie arbiters gaf reeds voordien aan één der partijen een gunstig advies inzake de gegrondheid van haar stelling : Beroep Parijs 14 december 1967, Rev. Arb. 1968, 59 ; Dall. 1968, J., 512 met noot ROBERT, nadien beoordeeld door Cass. 13 november 1969, J.C.P. 1970. II. 16209 met noot LEVEL, waarna Beroep Parijs 8 mei 1970, Rev. Arb. 1970, 80 ; J.C.P. 1970. II. 16437 met noot LEVEL, en Dall. 1970, J., 635 met noot ROBERT, gevolgd door een tweede cassatie, Cass. 13 april 1972, Dall. 1973, J., 2 met noot ROBERT, J.C.P. 1972. II. 17189 met noot LEVEL. Rev. Arb. 1975, 235.
 - Boekhouder, die voor één der partijen de boekhouding van de andere partij onderzocht had inzake de betaling van royalties, werd door de eerste partij als arbiter aangesteld om de juistheid van deze boekhouding te beoordelen. Beroep Parijs 8 juni 1972, Sem. Jur. 1973, J., 17382 met noot LEVEL, Rev. Arb. 1973, 38.
 - Arbiter was in dienst van schuldeiser van één der partijen : Frans Cass. 20 februari 1974, Sem. Jur. 1974, IV, 123, Rev. Arb. 1975, 238.
- (3) Een advocaat, die als arbiter aangesteld werd, kan bovendien partijdig zijn indien zijn medewerker als advocaat van één der partijen in de arbitrage optreedt (Frans Cass. 16 juli 1964, Rev. Arb. 1964, 125). Zie tevens Beroep Rouen 21 oktober 1965, Rev. Arb. 1966, 22 ; Beroep Parijs 8 juli 1970, Rev. Arb. 1970, 95.
- (4) Zie bijv. Hrb. Antwerpen 17 januari 1933, Jur. Anv. 1933, 127. Rb. Brussel 20 maart 1970, Pas. 1972, III, 30 ; Tijdsch. Aann. 1973, 75 met noot DELVAUX.

Handelsarbitrage wordt vaak georganiseerd in de schoot van een bedrijfsorganisatie of -vereniging ; indien een geschil tussen een lid van dergelijke groepering en een buitenstaander, door andere leden van deze groepering gearbitreerd wordt, bestaat de mogelijkheid dat de arbiters hun medelid gaan bevoordelen ten koste van de buitenstaander (1).

De arbiters kunnen bovendien zelf partij tot het geschil zijn.

Wie als orgaan van een vennootschap fungeert, kan moeilijk onbevangen als arbiter een geschil tussen deze vennootschap en een derde beslechten (2). Producenten of verkopers kunnen onder elkaar een kartel oprichten om de produktie te beperken of om de verkoopprijs te handhaven. Geschillen tussen de leden van dergelijk kartel of tussen een lid en de kartelorganisatie inzake inbreuken op de kartel-overeenkomst worden vaak door arbitrage beslecht. Als arbiters fungeren dan andere leden van het kartel, die er uiteraard zelf belang bij hebben dat de kartel-overeenkomst strikt nageleefd wordt. De arbiters maken in dit geval van hun arbitrage-bevoegdheid niet zozeer gebruik om het geschil dat hun voorgelegd wordt, eerlijk te beslechten dan wel om de naleving van de kartel-overeenkomst te verzekeren (3). De arbiters kunnen zelfs als een feitelijk orgaan van de kartelvereniging beschouwd worden.

27. Het gevaar, dat de arbiter niet onpartijdig tegenover het geschil staat, is niet denkbeeldig. Daarom is er voor de rechter, als hoeder van een onpartijdige arbitrale beslechting, een belangrijke taak weggelegd. De partij, die met kennis van het gevaar voor partijdigheid met de aanduiding van een arbiter instemde, zal wel in een minder mate een beroep kunnen doen op de rechterlijke bescherming tegen arbitrale partijdigheid. De goede trouw vereist dat wie bewust voor een hem

-
- (1) Zie bijv. BGH 27 februari 1964, Betrieb 1964, 801 ; KTS, 1964, 172 ; MDR 1964, 590 ; BGH 19 december 1968, NJW 1969, 750 ; BGHZ 51, 255 ; MDR 1969, 386, BB 1969, 295. BULOW, Unwiderleglich vermutete Befangenheit von Vorcinsschiedsrichtern gegenüber Nichtmitgliedern, NJW 1970, 585-589.
- (2) Zie bijv. Cass. 10 oktober 1901, Pas. 1901, I, 367 ; Beroep Luik 14 december 1937, J.T. 1938, 357 ; Veritas Shipping Corporation v. Anglo-Canadian Cement Ltd. (1966) I Lloyd's Rep. 76 ; Frans Cass. 20 februari 1974, Rev. Arb. 1975, 238.
- (3) Zie bijv. KRONSTEIN, H., Das recht der internationalen Kartelle, Berlijn 1967, 212-323. Beroep Brussel 9 september 1959, J.T. 1960, 61 ; Rev. Arb. 1960, 57.

wellicht ongunstig gezind arbiter opteert, niet in dezelfde mate de arbitrale beslechting wegens onpartijdigheid kan laten stilleggen dan wie met de benoeming van een arbiter instemde, zonder te weten dat deze arbiter uit eigenbelang de zijde van de tegenpartij kan kiezen.

De Belgische arbitragewet wil de onpartijdigheid en de onafhankelijkheid van de arbiters verzekeren door twee rechtsgronden. Eerstens kan de rechter de overeenkomst tot arbitrage, op verzoek van één der partijen, nietig verklaren wanneer de andere partij de meeste arbiters voor de beslechting mag aanwijzen. De gelijkheid tussen de partijen zou hierdoor anders verbroken worden (1). Anderzijds kan de rechter een arbiter verwijderen, en eventueel door een andere vervangen, wanneer deze arbiter, bijvoorbeeld wegens het persoonlijk belang dat hij bij het geschil heeft, door een partij gewraakt wordt. Wie een arbiter aangewezen heeft, kan deze enkel wraken om redenen die hem na de aanwijzing bekend werden (2). Bovendien zou een overeenkomst tot arbitrage, die een partijdige arbiter aanstelt, vernietigd kunnen worden wegens dwaling (3) of als strijdig met de openbare orde (4).

Ook naar Frans recht kan een partij een arbiter wraken indien er redenen bestaan om te vermoeden dat de arbiter het geschil partijdig zou beoordelen. Wraking is slechts mogelijk om redenen die na het sluiten van de overeenkomst tot arbitrage ontstaan zijn (5). Meestal zal de omstandigheid waarop het vermoeden van partijdigheid steunt evenwel van voor het sluiten van deze overeenkomst dateren. In dergelijke hypothese kan de overeenkomst tot arbitrage enkel nietig verklaard worden wegens dwaling van of bedrog tegenover de onwetende partij (6).

-
- (1) Ger. Wetb. art. 1678, lid 1 ; Parl. Besch. Kamer 1970-71 nr. 988-1, 12 ; Rapport explicatif sur la convention européenne, portant loi uniforme en matière d'arbitrage, Straatsburg 1967, nr. 35.
 - (2) Ger. Wetb. art. 1690 dat verwijst naar art. 828 inzake de wrakingsgronden voor de rechter ; Parl. Besch. Kamer 1970-1971, nr. 988-1, p. 18 ; Rapport cit. nr. 64.
 - (3) Parl. Besch. Kamer 1970-1971, nr. 988-1, p. 12.
 - (4) Zie advies van de advocaat-generaal in Beroep Brussel 9 september 1959, J.T. 1960, 61.
 - (5) Cod. proc. civ. art. 1014. ROBERT, Arbitrage, nr. 171-175 ; RUBELLIN-DEVICHI in noot onder Beroep Parijs 8 juni 1972, Rev. Arb. 1973, 38, 45.
 - (6) RUBELLIN-DEVICHI, art. cit.; Cass. 20 februari 1974, Rev. Arb. 1975, 238.

Het Duits arbitragerecht waarborgt eveneens de onpartijdigheid van de arbiter. Een persoon, die belang heeft bij de beslechting van een geschil, kan niet als arbiter benoemd worden ; de arbitrage-overeenkomst is nietig wegens onuitvoerbaar voorwerp (1). De Duitse vereiste van onpartijdigheid gaat zeer ver. Een overeenkomst tot arbitrage, gesloten tussen een Duitse invoerder en een buitenlandse uitvoerder, stipuleerde dat het geschil moest beslecht worden door arbiters, te kiezen uit de ledenlijst van de vereniging van invoerders waarvan de Duitse partij lid was. Het Bundesgerichtshof stelde dat voor dergelijk beding, hoe lang de ledenlijst ook was, toch steeds de kans bestond dat een arbiter gekozen zou worden, die niet objectief zou oordelen, maar die zijn medelid zou bevoordelen. Omwille van deze geringe kans was de overeenkomst tot arbitrage nietig (2). Bovendien kan een partij een arbiter wraken voor gronden die niet bekend waren toen zij de overeenkomst tot arbitrage sloot (3). Tenslotte maakt § 336 van het Duitse strafwetboek een foute rechtsaanwending van de arbiter strafbaar indien deze ingegeven werd door de bedoeling om één partij te bevoordelen of te benadelen.

Het Engelse recht verbiedt eveneens dat de arbiter een belang bij het geschil heeft (4). De arbiter, wiens partijdigheid gevreesd wordt, kan door de rechter verwijderd worden (5). De uitspraak, die door een belanghebbende arbiter geveld wordt, is nietig daar dit eigenbelang de arbiter elke rechtsmacht ontnemt om het geschil te beslechten (6). Wie evenwel, met kennis van zaken, iemand tot arbiter aanstelt, die niet helemaal onbevangen tegenover het geschil staat, kan deze meestal niet laten verwijderen (7).

28. Ook de arbitrage-instellingen waken vaak over de onpartijdigheid van hun arbiters. Dit blijkt o.m. uit talrijke arbitragereglementen.

-
- (1) BAUMBACH-LAUTERBACH-ALBERS-HARTMAN, Zivilprozessordnung, Munchen 1973, 1809.
 - (2) BGH 19 december 1968, NJW 1969, 750 ; BGHZ 51, 255 ; MDR 1969, 386 ; BB 1969, 295, ZZP 82, 475 met noot KORNBLUM ; BGH 26 oktober 1972, NJW 1973, 98. Zie tevens BULOW, Unwiderleglich vermutete Befangenheit von Vereinschiedsrichtern gegenüber Nichtmitgliedern NJW 1970, 585-589.
 - (3) Z.P.O. § 1032 dat verwijst naar § 42 en 43.
 - (4) RUSSELL, Arbitration, 116-117.
 - (5) Bijv. D.P. Estates Ltd. e.a. v. Finborough Properties Ltd. e.a., Arbitration 1957, 185.
 - (6) RUSSELL, Arbitration, 345.
 - (7) RUSSELL, Arbitration, 118. Zie evenwel Arbitration Act (1950) s. 24.

Soms zullen deze bevestigen dat de arbiters onpartijdig moeten oordelen (1). Eén enkele keer zal het zo ver gaan om personen, die een belang bij het geschil hebben, uitdrukkelijk te verbieden als arbiter te zetelen (2). Meestal neemt de instelling de rol van de rechter bij de wraking en de vervanging van een arbiter over (3).

29. De vraag naar onpartijdigheid rijst vaak in verband met de arbitrage-commissies van de Oostblok-landen ; vooral wanneer deze een geschil tussen een eigen staatsonderneming en een Westerse firma beslechten.

De Westerse firma, die zich aan zulke arbitrage onderwerpt, kan bijv. meestal slechts arbiters uit het land van de tegenpartij kiezen. Op het louter feit dat arbiters dezelfde nationaliteit bezitten als één der partijen kan men geen vermoeden van partijdigheid steunen. Niemand aanvaardt immers dat de rechters systematisch de buitenlander, die voor hun rechtersstoel verschijnt, benadelen en degene, die in het gebied van het forum huist, voortrekken. Zo ook ligt het niet voor de hand dat de arbiter zijn landgenoten voortrekt (4). Men zou eveneens kunnen opmerken dat één der partijen een kapitalistische onderneming uit het Westen is en de tegenpartij een staatsonderneming uit het forum, terwijl de arbiters vaak leidinggevende functionarissen uit andere staatsondernemingen zijn. Bestaat het gevaar dan niet dat

-
- (1) Bijv. Règles et Usages du commerce intereuropéen des pommes de terre (R.U.C.I.P.), Arbitrage-reglement, 1972, art. 9 lid 5 ; Arbitrage- en Verzoeningskamer voor Granen en Zaden van Antwerpen, Huishoudelijk Reglement 1960, art. 9.
 - (2) R.U.C.I.P. -arbitragereglement, art. 14.
 - (3) Bijv. Règlement de conciliation et d'arbitrage van de Internationale Kamer van Koophandel, 1975, art. 2 lid 6 ; R.U.C.I.P.-arbitragereglement, art. 13 ; Règlement d'arbitrage du comité central belge de la laine, art. 6, lid 2 ; art. 12 ; Arbitrage- en Verzoeningskamer voor Granen en Zaden van Antwerpen, Standregelen, 1960, art. 38 ; CEPINA-arbitrageregelement, Brussel 1972, art. 11, lid 4.
 - (4) PEARSON, N., Nationalité et attaches de l'arbitre, Rev. Arb. 1970, 239-241.

dergelijke arbiters zullen schromen om een staatsonderneming in het ongelijk te stellen zodat hun collegas uit deze onderneming moeilijkheden met de centrale administratie krijgen ? Anderzijds zijn ook door de staat bezoldigde professoren en ambtenaren arbiters bij de arbitrage-commissies. Voelen dezen zich, ondanks het politieke klimaat, vrij om een onderneming van de staat, die hun beurzen vult, te veroordelen ?

Een bekende uitspraak van de Arbitrage-commissie voor Buitenlandse Handel der Sovjet Kamer van Handel en Nijverheid, namelijk Jordan Investments Ltd. tegen Sojuznefteexport, lijkt op partijdigheid te wijzen (1) :

De Sovjetonderneming had er zich toe verbonden petroleum te leveren aan Jordan Investments, Ltd., een Israëlische onderneming. Tijdens de uitvoering van de overeenkomst brak de Suez-oorlog uit. Om te vermijden dat de Araabse landen zouden denken dat de U.S.S.R. Israël bijstond in de oorlogsvoering, verbood het Sovjet Ministerie voor Buitenlandse Handel elke verdere levering van petroleum aan Israëlische firmas. Sojuznefteexport volgde dit verbod op ; het riep overmacht in en weigerde verdere leveringen aan Jordan Investments. Deze aanvaarde evenwel het bestaan van de overmacht niet en vorderde voor de Arbitrage-commissie een schadevergoeding wegens het niet-ervullen der contractuele prestatie. Haar eis werd echter afgewezen. De beslissing choqueerde de Westerse zakenwereld. Indien de Sovjet Arbitrage-commissie voortaan elke intredende verbodsbepaling van de Sovjet overheid als overmacht zou aanvaarden, zouden de Westerse firmas, die met Sovjet ondernemingen contracteren en zich aan de beslechting door de Arbitrage-commissie onderwerpen, volledig aan de willekeur van hun contractpartners overgeleverd zijn. Het zou volstaan dat de uitvoering voor de staatsonderneming eerder moeilijk zou uitvallen, opdat de Sovjet overheid een prestatie-verbod zou opleggen, dat door de Sovjet Arbitrage-commissie dan als ontlastende overmacht aanzien zou worden. Hoezeer de politieke en economische implicaties van de uitspraak ook aanstoot gaven, juridisch was de uitspraak juist : de verbodsbepaling was een werkelijk geval van overmacht dat de partijen van verder presteren onthief. De blaam, die de arbiters kregen, moest eerder gericht worden aan de Sovjet overheid, die het verbod had ingevoerd om haar vriendschapspolitiek met de Araabse landen niet op de helling te bren-

(1) Zie voor de tekst van deze beslissing : I.C.I.Q. 1959, 416 ; Rev. Arb. 1960, 92 ; C.A.C., nr. 64. ROBERT, J., Observations sur une sentence arbitrale internationale, Rev. Arb. 1960, 76-86 en BERMAN, H., Force majeure and the denial of an export-licence under Soviet Law, Harvard Law Rev. 1960, 1128, bespreken deze beslissing.

gen (1).

Doorgaans staan de arbitrage-commissies evenwel voldoende onpartijdig tegenover het te beslechten geschil. Hun arbitragereglementen bieden enige garantie : de arbiters moeten onpartijdig en vrij oordelen ; zij mogen niet zetelen voor geschillen waarin zij een belang hebben, enz. (2). De voornaamste reden voor onpartijdigheid berust in de functie van de arbitrage-commissies : zij willen als unieke beslechttingsinstelling voor de handelstransacties met het Westen fungeren. Deze functie kunnen zij slechts blijven vervullen indien ook de Westerse handelspartners van hun onpartijdigheid overtuigd zijn. Anders zullen dezen zich tegen de bevoegdheid van de arbitrage-commissies verzetten en andere arbitrage-instellingen kiezen of zelfs weigeren zaken te doen. Onpartijdigheid is derhalve vereist voor het voortbestaan zelf van een arbitrage-commissie, die zich als exclusieve beslechter van geschillen tussen eigen ondernemingen en buitenlandse firmas opwerpt. De arbitrage-commissies zijn er zich van bewust dat hun leven afhangt van hun image.

In dit licht moet men bijv. de verzameling van 148 uitspraken, die de Arbitrage-commissie voor Buitenlandse handel der Sovjet Kamer van Handel en Nijverheid in het Engels publiceerde, appreciëren (3). Hierdoor wil de Arbitrage-commissie de Westerse zakenman over haar werking inlichten en tracht zij hem van haar onpartijdigheid te overtuigen. In de verzameling komen evenwel niet alle uitspraken voor die sedert 1934 gevelde werden, doch slechts deze die de uitgever het meest interessant leken wegens de gestelde rechtsvragen of de juridische motivering. Alhoewel het niet uitgesloten is dat deze selectie het beeld van de Sovjet arbitrage vervalst, lijkt zij mij wel representatief voor de onpartijdigheid van de Arbitrage-commissie bij arbitrages tussen eigen staatsondernemingen en Westerse firmas (4). In de verzameling

-
- (1) KOPELMANAS, L., L'arbitrage dans les rapports commerciaux Est-Ouest, Ann. Liège 1964, 129-140, 131-133.
 - (2) Bijv. Arbitragereglement van de Sovjet Arbitrage-commissie voor Buitenlandse Handel, § 12b ; idem voor Tsjechoslovakije, § 20 ; D.D.R. § 7, § 19 ; Polen § 16 ; Bulgarije § 11, § 32, Roemenië : art. 25 ; Joegoslavië : art. 31.
 - (3) C.A.C.
 - (4) Zie bijv. tevens KING SMITH, Communist foreign trade arbitration, Harv. Int. L. J. 1969, 51-58.

werden 60 % der uitspraken in het voordeel van een Sovjet staatsonderneming geveld ; voor 30 % der gevallen was de Westerse firma de succesrijke partij en in 10 % der beslissingen haalden beiden gelijk. Deze verhouding 60-30 kan verklaard worden door het feit dat Sovjet ondernemingen doorgaans wel handelt volgens de Sovjet normen, waarop ook de Sovjet Arbitrage-commissie zich steunt, maar die door de Westerse firma niet gekend zijn zodat deze meent dat de Sovjet onderneming wederrechtelijk handelt. Een gedraging van een staatsonderneming kan de Westerse partner dan dermate aanstoot geven dat hij een vordering voor de Arbitrage-commissie instelt, zo dat hij, krachtens het Sovjet recht, in het ongelijk gesteld wordt.

De onpartijdigheid van arbitrage-commissies uit de Oostblok-landen werd menigmaal beoordeeld door een Westerse rechtbank. Telkens een Westerse firma, die door een arbitrage-commissie veroordeeld werd, weigerde de uitspraak op te volgen, moest de staatsonderneming de uitspraak laten tenuitvoer leggen waar de activa lagen, nl. in het Westen. Om aan een tenuitvoerlegging te ontkomen beweerde de Westerse firma dan soms dat de arbitrage-commissie dermate partijdig was dat de rechtbank haar uitspraken niet als arbitrale uitspraken mocht erkennen en tenuitvoer leggen. De rechtbanken van de Westerse wereld lijken eensgezind om de onpartijdigheid van de arbitrage-commissies te erkennen. Een arbitrage-uitspraak van een arbitrage-commissie uit het Oostblok zal derhalve ook in het Westen kunnen tenuitvoer gelegd worden (1).

VB.

Een Zwitserse groothandelaar in papier, Baumgartner & Co., kocht in 1953 grote hoeveelheden papier van de Tsjechoslovaakse onderneming Papco. De Arbitrage-commissie der Tsjechoslovaakse Kamer voor Buitenlandse Handel werd aangeduid om alle geschillen te beslechten. De Zwitserse firma weigerde een deel der geleverde waar te betalen daar deze te laat geleverd was en niet aan de bedongen kwaliteit beantwoordde. Ligna, de Tsjechoslovaakse in- en uitvoeronderneming voor papier en hout, die de rechten en plichten van Papco overgenomen had, eiste

(1) Zie bijv. het Zwitsers Bundesgericht 12 februari 1958, EBG 84 I 39 ; Rev. Arb. 1959, 26 ; België : Cass. 16 januari 1958, R.C.D.I.P. 1959, 122 met noot MEZGER ; Pas. 1958, I, 505 ; Frankrijk : Beroep Orléans 27 februari 1962, Dall. 1962, s., 108 ; Cass. 12 maart 1968 (2 arresten), R.C.D.I.P. 1969, 98 met noot MEZGER. Duitsland, OLG Frankfurt 19 mei 1959, AWD 1960, 217 ; BGH 26 juni 1969, NJW 1969, 2093 ; MDR 1969, 837 ; KTS 1970, 39 en BGH 7 januari 1971, NJW 1971, 986 ; KTS 1972, 24.

voor de Tsjechoslovaakse Arbitrage-commissie betaling van de prijs. Elk der partijen diende een arbiter te kiezen uit een lijst van een negentigtal Tsjechoslovaken, waarvan de meesten directeurs of functionarissen van andere staatsondernemingen waren. Daar Baumgartner geen arbiter benoemde, stelde de voorzitter der Arbitrage-commissie, zoals het arbitragereglement voorzag, er één ambtshalve aan. Deze arbiter en de arbiter van Ligna benoemden een derde arbiter. De arbiters veroordeelden Baumgartner bij verstek tot betaling. Daar deze de betaling weigerde, vorderde Ligna de dwanguitvoering voor de Zwitserse rechter. Baumgartner voerde evenwel aan dat de uitspraak door geen Zwitserse rechter kon tenuitvoer gelegd worden daar zij, wegens de partijdigheid der arbiters, tegen de Zwitserse openbare orde indruiste. Het Zwitsers Bundesgericht analyseerde de arbitrale procedure maar kon het vermoeden van partijdigheid niet bevestigen.

"Die Bindung der Parteien an eine geschlossene Richterliste ist nicht nur ... im englisch/amerikanischen Rechtskreis üblich, sondern auch in Europa verbreitet. Dieses Listensystem mag neben Vorteilen auch Nachteile haben, doch kann keinesfalls gesagt werden, dass es als solches das einheimische Rechtsgefühl in unerträglicher Weise verletzt und daher gegen die schweizerische öffentliche Ordnung verstösst ... Die Umstand allein, dass sämtliche Mitglieder eines Schiedsgericht die gleiche Staatsangehörigkeit und den gleichen Wohnsitz haben wie eine Prozesspartei, lässt jedoch ... ein Schiedsgericht aus dem Gesichtspunkt der öffentlichen Ordnung nicht als ungeeignet erscheinen. Es würde zu weit gehen, zur Beurteilung internationaler Handelsstreitigkeiten nur Schiedsgerichte zuzulassen, die entweder gleichmässig aus Angehörigen der Heimatstaaten beider Parteien oder aus Angehörigen anderer Staaten zusammengesetzt sind ..."

De lagere rechter had geoordeeld dat de arbitrage niet meer onpartijdig geschiedde,

"wenn es sich um die Handelskammer eines Landes handle, dessen staatliche und wirtschaftliche Verfassung sich von denjenigen der Schweiz grundsätzlich unterscheide, wie es für das Volkdemokratische Regierungssystem und die Staatsmonopolistisch organisierte Wirtschaftsordnung der Tschechoslowakei zutreffe!"

Het hoogste Zwitserse Hof volgde deze gedachtengang niet : daar Zwitserland zich krachtens verdrag ertoe verbonden heeft om Tsjechoslovaakse arbitrale uitspraken te erkennen, mag de rechter niet beslissen dat deze uitspraken niet erkend kunnen worden wegens een partijdigheid van de Arbitrage-commissie, die te wijten is aan de economische en politieke structuur van Tsjechoslovakië (1).

(1) Zwitsers Bundesgericht 12 februari 1958, EBG 84 I 39, 49-52. Interessant is de vergelijking die het arrest (p. 48) maakt tussen de handelsarbitrage, die plaats grijpt in de schoot van een handelsorganisatie tussen een lid en een buitenstaander en deze die verricht wordt door een arbitrage-commissie in een geschil

§ 4. Motivering der arbitrale uitspraak

30. Rechtspraak veronderstelt het toepassen van rechtsnormen op feiten. Naarmate de beslechter feiten en rechtsregels tot "overwegingen" omvormt, worden zij motieven welke naar een oplossing leiden. Moeten motieven echter in de uitspraak opgenomen worden? Wie dit doet, laat zien hoe hij tot zijn beslissing kwam; wat voor- en nadelen inhoudt. Enerzijds wordt de beslissing hierdoor voor de partijen wel meer begrijpbaar. Door motieven mee te delen toont de beslechter aan dat zijn uitspraak op normen steunt; m.a.w. wordt zij gelegitimeerd. De partijen zullen zich aldus gemakkelijker bij de uitspraak kunnen neerleggen. Anderzijds maakt een motivering de uitspraak kwetsbaarder: niet alleen de beslissing, maar ook elke reden, die als schakel van de redenering nodig was om tot de beslissing te komen, kan aangevochten worden.

Bovendien kan een uitspraak slechts door de weergave van de motieven, waarop zij steunt, een normenbron worden: het normscheppende van een uitspraak ligt niet in de uitkomst van de beslissing, maar in de normen, welke zij in de motivering meedeelt en aanwendt. Het lijkt de regel dat de rechter de motieven van zijn vonnis weergeeft (1). Geldt eenzelfde motiveringsplicht ook voor arbiters?

.../...

tussen een eigen staatsonderneming en een Westerse firma. Bij beiden staat de buitenstaander tegenover arbiters, die tot dezelfde kring behoren als de tegenpartij. Bij de arbitrage-commissie lijkt het gevaar voor partijdigheid niet zo groot:

"Zwischen den Verbandsschiedsgerichten ... und den von den in- und ausländischen Handelskammern errichteten Schiedsgerichten bestehen wesentliche Unterschiede, Den Verbandsschiedsgerichten obliegt in erster Linie die Durchsetzung des internen, kartellmäßigen Verbandsrechts... Die Schiedsgerichte der Handelskammern verfolgen keine derartigen Zwecke; sie werden geschaffen im Interesse des gesamten Handels zur raschen und sachverständigen Erledigung handelsrechtlichen Streitigkeiten zwischen Kaufleuten".

- (1) Zie bijv. België: Grondwet art. 97; Ger. Wetb., art. 780; Frankrijk: decreet 72-684 van 20 juli 1972, art. 102; Duitsland: Z.P.O. § 313.

31. Een motiveringsplicht zou de arbitrage vele voordelen bieden. Een arbiter, die zijn uitspraak motiveert, zal minder geneigd zijn naar willekeur te oordelen ; het zal hem moeilijk vallen zijn willekeur met redenen te omkleden (1). Partijen in een arbitrage zijn trouwens net zomin als bij een rechterlijke uitspraak tevreden met de loutere mededeling van de uitkomst van het geschil ; zij verkiezen een met redenen omklede uitspraak (2). Door de lectuur van de motivering zullen zij trouwens inzien dat de arbiter hun argumentatie begrepen heeft, maar haar eventueel niet relevant achtte. In het algemeen zullen zij vlugger geneigd zijn om een uitspraak te aanvaarden die zij dank zij de motivering kunnen begrijpen. Bovendien kan de motivering van een arbitrale uitspraak een norm verwoorden, die partijen bij een latere transactie kan leiden of die in een latere beslechting aangewend kan worden (3).

Hoe nuttig het voor een arbiter kan zijn om te kunnen steunen op de motivering van een vorige uitspraak inzake een analoge casus, ontvond Lord Asquith of Bishopstone die moest arbitrereren tussen de Petroleum Development Ltd. en de Sjeik van Abu Dhabi. Hij moest oordelen over de rechtsvraag of de concessie, die door de Sjeik verleend was aan de oliemaatschappij, tevens de ontginningsrechten insloot voor de olie die zich onder de aangrenzende zeebodem bevond. Het toeval wou dat een analoge vraag reeds beantwoord werd in een vroegere arbitrage, nl. tussen de Petroleum Development (Quatar) en de Heerser van Quatar (4). Daar de arbiter, Lord Radcliffe, deze uitspraak echter zonder motieven had meegedeeld, had Lord Asquith er het raden naar hoe de vraag in de vroegere arbitrage reeds opgelost was.

"If Lord Radcliffe instead of merely recording his conclusions had expounded the principles on which he had reached them, I should have derived invaluable and authoritative guidance from

(1) KAISER, Das europäische Ubereinkommen, 160.

(2) COHN, I.C.L.Q. 1967, 974.

(3) Cfr. nr.174. Zie tevens DOMKE, M. Arbitral Awards without written opinions : comparative aspects of international commercial arbitration, in XX th Century Comparative and Conflicts law, Legal Essays in honor of Hessel E. Yntema, Leiden 1961, 260-261.

(4) Petroleum Development (Quatar) Ltd. v. Ruler of Quatar, 18 I.L.R. 161.

such exposition ; but as he took the course he did, I am to that extent inops consilii" (1).

Voor wie enkel de voordelen van de motivering ziet, moet de arbiter steeds zijn redenen meedelen, ongeacht of de wet dit hem voorschrijft of niet. "Quid abundat non vitiat" (2).

Door de motivering wordt de uitspraak evenwel kwetsbaarder. De motivering, die de redenering der arbiters bloot legt, maakt niet alleen het resultaat van de beslissing, maar elke schakel der redenering, die tot de beslissing leidde, aanvechtbaar. Anderzijds steunt een juiste beslissing niet steeds op een correcte motivering (3). Vooral voor de zakenman, die als arbiter zijn uitspraak in rechte moet staven, kan een juiste motivering moeilijkheden scheppen. In welke mate de rechter in verscheidene rechtssystemen de arbitrale uitspraak wegens verkeerde motivering terzijde mag schuiven, wordt verder besproken (4). De vraag naar de mate waarin de arbiters krachtens deze rechtssystemen hun uitspraken moeten motiveren komt hier aan bod.

Voor de Belgische arbitragewet is het essentieel dat de uitspraak met redenen omkleed is. Een uitspraak, die niet of tegenstrijdig gemotiveerd is, kan trouwens om deze reden nietig verklaard worden (5).

Geen bepaling van de Franse arbitragewet vergt de motivering van de arbitrale uitspraak. Het is evenwel de Franse rechter die eist dat de arbiter zijn uitspraak met redenen omkleedt (6). Een onvoldoende of tegenstrijdig gemotiveerde uitspraak kan door de rechter nietig verklaard worden (7). Deze motiveringsplicht wordt verklaard door de

(1) Petroleum Development Ltd. v. Sheikh of Abu Dhabi, 18 I.L.R. 144, 160.

(2) NESTOR, Arbitrage commercial international, 88.

(3) Zoals PERCY LAMB Q.C. de arbiters cynisch aanraadde : "Never give your reasons ; they are sure to be wrong" Arbitration 1958, 9.

(4) Cfr. nr. 53 e.v..

(5) Ger. Wetb. art. 1701, lid 6 en 1704, lid 2, i. en j.

(6) Zie ROBERT, Arbitrage, nr. 219.

(7) Zie bijv. Cass. 25 januari 1963, Rev. Arb. 1963, 89 ; Beroep Parijs 8 maart 1960, J.C.P. 1962. J.. 12477 ; Beroep Parijs 7 december 1965, J.C.P. 1966. J.. 14625.

mogelijkheid van rechterlijk beroep tegen de arbitrale uitspraak. In principe kunnen de partijen immers bij de rechter een beroep tegen de arbitrale beslissing instellen (1). De rechter herdoet dan de arbitrale beslechting en bevestigt of hervormt de arbitrale uitspraak. Het beroep is evenwel slechts efficiënt wanneer de rechter inzicht heeft in de motieven van de arbiters en kan oordelen of hij zich bij deze motieven aansluit of niet. Derhalve zal de motiveringsplicht de logische prealabele zijn voor een procedure in beroep (2). De uitspraken van een "amiable compositeur" zijn evenwel niet voor beroep vatbaar ; doch moeten ook zij, weliswaar in mindere mate, door de arbiter gemotiveerd worden (3).

België (4) en Frankrijk (5) zijn echter partij tot het Europees Verdrag inzake de internationale handelsarbitrage. Dit Verdrag heeft een eigen regeling voor transnationale arbitrages tussen partijen, die elk onderdaan zijn van een verschillende staat, welke tot het Europees Verdrag is toegetreden. Bij een arbitrage, waarvan het Verdrag de procedure regelt, kunnen de partijen bedingen dat de uitspraak niet gemotiveerd moet zijn. De arbitrage, die door het Verdrag geregeld wordt, maar die in Frankrijk of België plaats grijpt, zou derhalve niet gemotiveerd moeten worden (6).

Krachtens de Duitse arbitragewet moeten arbitrale uitspraken in principe gemotiveerd worden. De partijen kunnen de arbiter van deze motiveringsplicht ontslaan. Indien de arbiter evenwel niet van deze motiveringsplicht ontheven is, kan de uitspraak, die geen redenen ver-

(1) Cfr. nr. 54.

(2) De motiveringsplicht van de arbiter gaat evenwel niet zover als deze van de rechter : Cass. 22 januari 1975, Rev. Arb. 1975, 309.

(3) Zie bijv. Cass. 22 november 1972, Rev. Arb. 1973, 155 met noot LOQUIN.

(4) Belg. Staatsblad 17 februari 1975, 1691.

(5) Belg. Staatsblad 15 november 1975, 14410.

(6) Art. VIII van de Europese Conventie luidt : "Les parties sont présumées avoir entendu que la sentence arbitrale soit motivée, sauf si les parties ont déclaré expressément que la sentence ne doit pas l'être ...".

Zie bijv. GENTINETTA, Lex fori, 191 ; KAISER, Das europäische Ubereinkommen, 161-165 ; LUZATTO, R., Accordi internazionali e diritto interno in materia di arbitrato, Rivista di Diritto internazionale privato e processuale 1971, 47-82, 76. Zie tevens I.K.K. nr. 2091, waarin de arbiters oordeelden dat een arbitrage, in Frankrijk gehouden tussen een Franse onderneming en een internationale organisatie omwille van het volkenrechtelijk karakter van deze laatste viel onder het toepassingsgebied van het Verdrag (Rev. Arb. 1975, 252).

meldt of tegenstrijdig gemotiveerd is, nietig verklaard worden (1). De motiveringsplicht van de arbiter is echter niet zo uitgebreid als deze van de rechter (2).

De Engelse arbitragewet eist daarentegen niet dat arbiters hun uitspraken motiveren (3). Doorgaans zijn de Engelse uitspraken derhalve "non-speaking" : de tekst van de uitspraak vermeldt enkel de beslissing van de arbiters, maar niet de redenen die tot deze beslissing hebben geleid (4). Om redenen, eigen aan het Engelse arbitragerecht, wordt soms een uitzondering gemaakt. Vooraleer de uitspraak geveld is kan een partij de arbiter opdragen om zijn beslissing ter preventieve controle aan de rechter voor te leggen (5). Teneinde de rechter toe te laten deze preventieve controle uit te voeren, moet de arbiter ook de redenen in zijn beslissing weergeven. Anderzijds kan de Engelse rechter de uitspraak, die geveld werd, steeds toetsen, doch deze controle reikt niet verder dan de tekst van de uitspraak zelf (6). Het is derhalve mogelijk dat de partijen de arbiter opdragen om de uitspraak te motiveren teneinde de rechterlijke toetsingssfeer te vergroten. Trouwens, ook wanneer de partijen en arbiters de voorkeur geven aan een niet met redenen omklede, en derhalve minder aanvechtbare uitspraak, gebeurt het dat de arbiter een "non speaking" uitspraak velt, maar nadien, hetzij uit eigen beweging, hetzij omdat één der partijen hem hierom verzoekt, in een brief de redenen van zijn beslissing mededeelt. Deze brief hoort dan echter niet meer bij de uitspraak, zodat de rechter de rechtsaanwending, die uit deze brief blijkt, niet kan toetsen (7).

32. De arbiters mogen slechts de redenen van hun uitspraak achterwege laten in de mate dit toegelaten is door het arbitragerecht dat op de arbitrageprocedure van toepassing is (8). Zij zouden hun taak

-
- (1) BAUMBACH-SCHWAB, Schiedsgerichtsbarkeit, 156-157 ; Z.P.O. § 1041 I nr. 5 en § 1041 II.
 - (2) Zie RG. 24 maart 1908, RGZ 68, 182.
 - (3) In de uitspraak mag evenwel geen tegenstrijdigheid zijn tussen de veroordeling ten gronde en de veroordeling tot de kosten (Centrala Morska v. Companhia Nacional, (1975) 2 Lloyd's Rep. 69)
 - (4) Zie bijv. Prolexport v. E.D. & F. Man Ltd., (1972) 2 Lloyd's Rep. 375 ; Tevens I.K.K. 2241.
 - (5) Cfr. nr. 71.
 - (6) Cfr. nr. 74-75.
 - (7) Zie bijv. Champsey Bhara & Co. v. Jivraj Balloo Spinning and Weaving Co., (1923) A.C. 480 ; A/B Aktiebolaget Legis v. V. Berg & Sons, (1964) 1 Lloyd's Rep. 203.
 - (8) Zie nr. 78-89.

immers niet vervullen, indien de uitspraak wegens niet-motivering of een gebrekkige motivering door de rechter nietig verklaard kan worden. Talrijke arbitragereglementen, die bedoeld zijn om arbitrale procedures te regelen welke in verscheidene landen kunnen plaatsgrijpen, schrijven de arbiter trouwens voor om de uitspraak al-dan-niet te motiveren, naargelang het plaatselijk arbitragerecht dit voorschrijft of niet (1).

Binnen de grenzen, die het arbitragerecht stelt, moeten de arbiters zich houden aan de instructies van de partijen, indien dezen de arbiters tenminste richtlijnen omtrent de motivering hebben verstrekt - wat zelden gebeurt. Meer gebruikelijk is het dat het arbitrage-reglement, dat door de partijen onderschreven werd, aanduidingen bevat over de motivering van de uitspraken (2). Meestal is er echter niets bepaald. In deze hypothese moet de arbiter zijn uitspraak motiveren, indien dit het gemeenrechtelijk principe van het arbitragerecht is waarmee de partijen vertrouwd zijn (bijv. in België, Frankrijk en Duitsland) en hoeft hij zijn beslissing niet met redenen te omkleden indien het arbitragerecht, dat de partijen kennen, dit niet vereist (bijv. in Engeland). Het lijkt immers de impliciete bedoeling der partijen te zijn dat de uitspraak de kenmerken zou bezitten, die arbitrage-uitspraken, zoals de partijen ze kennen, doorgaans bezitten.

32b. De discordantie inzake de motiveringsplicht tussen de verschillende arbitragerechten schept geen problemen wanneer een uitspraak, zonder motivering geveld in een land waar dit ook niet vereist is (bijv. Engeland), moet erkend worden in een land waar motivering daarentegen wel vereist is voor uitspraken die aldaar geveld worden

-
- (1) Bijv. *Règlement de conciliation et d'arbitrage*, van de Internationale Kamer van Koophandel, art. 26 ; *International Wool Textile Organization Arbitration Agreement*, 1970, art. IV.
 - (2) Zie bijv. *R.U.C.I.P. arbitrage-reglement*, art. 22 ; *Schiedsgerichtsordnung Deutscher Ausschuss für Schiedsgerichtswesen*, § 29.

(bijv. België, Frankrijk of Duitsland). Rekening houdend met de rol die Engelse arbitrage-instellingen spelen in de internationale handelsarbitrage is deze veronderstelling geen ijdele hypothese. De Engelse uitspraak moet evenwel niet gemotiveerd zijn om in België, Frankrijk of Duitsland erkend te worden.

In principe, en indien geen verdrag van toepassing is, eist het Belgische recht weliswaar dat ook een buitenlandse uitspraak gemotiveerd weze (1). Meestal geschiedt de erkenning evenwel krachtens het Europees Verdrag inzake de internationale handelsarbitrage (1961) (2), of, indien dit niet van toepassing is, krachtens het Verdrag van New York (1958) (3) of het Verdrag van Genève (1927) (4) over de erkenning en de uitvoering van buitenlandse scheidsrechterlijke uitspraken. Daar Engeland door de Arbitration Act (1975) het Verdrag van New York aanvaardde, wordt de erkenning van de Engelse uitspraak in België door dit Verdrag geregeld. Dit Verdrag laat België niet uitdrukkelijk toe om de uitspraak af te wijzen omdat zij ongemotiveerd is. Vermits het gebrek aan motivering der Engelse uitspraak niet tegen de Belgische openbare orde indruist, is ook een schending van de "openbare orde" geen grond om de Engelse, ongemotiveerde uitspraak terzijde te schuiven (5).

Ook naar Frans recht druist de niet-motivering van een buitenlandse uitspraak, die krachtens haar arbitragerecht niet met redenen omkleed hoefde te worden, niet tegen de Franse internationale openbare orde in. Een Engelse niet-gemotiveerde uitspraak kan er derhalve erkend worden (6).

Eveneens in Duitsland kan een Engelse, ongemotiveerde uitspraak erkend worden (7).

(1) Ger. Wetb. art. 1723.

(2) Belg. Staatsblad 17 februari 1976, 1691.

(3) Belg. Staatsblad 15 november 1975, 14410.

(4) Belg. Staatsblad 11 juli 1929.

(5) Zie bijv. Beroep Gent 25 november 1955, Pas. 1956, II, 97 ; R.W. 1955-56, 1529.

(6) Zie bijv. Cass. 22 november 1966, Rev. Arb. 1967, 9. Beroep Parijs 20 januari 1972, Rev. Arb. 1974, 105.

(7) Zie bijv. LG Berlijn 4 december 1964, KTS 1966, 182.

HOOFDSTUK III

GEVOLGEN DER CONTRACTUELE GRONDSLAG

33. Vele auteurs waren geïntrigeerd door de vraag of de arbitrage een figuur uit het verbintenissenrecht of uit het procesrecht is (1). Zij analyseerden de kenmerken die de arbitrage in hun rechtssysteem vertoonde en knoopten deze vast aan een contractueel of een rechterlijk statuut voor de arbitrage. Aldus construeerden zij een theorie over de contractuele ofwel jurisdictionele natuur der arbitrage, waaruit de bestaande rechtsgevolgen konden verklaard worden. Bepaalde kenmerken der arbitrage, die in hun rechtssysteem bij de rechterlijke beslechting horen, brachten sommige auteurs ertoe de arbitrage te beschouwen als een bijzondere vorm van rechtspraak, welke eigenlijk in het procesrecht thuis hoorde (2). Anderen waren daarentegen getroffen door de omstandigheid dat men enkel arbitrage heeft indien beide partijen akkoord gaan om het geschil aan een arbiter voor te leggen. Bij hen haalde dit contractuele kenmerk de bovenhand, zodat voor hen de arbitrage een rechtsfiguur van het verbintenissenrecht werd (3). De meeste auteurs wilden echter van de twee walletjes eten. Zij waren er zich van bewust dat zowel de contractuele als de jurisdictionele natuur van de arbitrage als theorie nuttig is om het fenomeen "arbitrage" meer begrijpelijk te maken (4). Zij opteerden der-

-
- (1) Zie bijv. naast de auteurs, die hierna geciteerd worden, de bibliografie bij FRAGISTAS, R.C.D.I.P. 1960, 2 noot 2 en SCHLOSSER, Schiedsgerichtsbarkeit, nr. 35-43.
 - (2) Zie bijv. ARETS, Réflexions sur la nature juridique de l'arbitrage, Ann. Liège, 1962, 184-199 ; BUTCHER, Towards a theory of commercial arbitration, 185-187 ; GULDENER, M., Das internationale und interkantonale Zivilprozessrecht der Schweiz, Zurich, 1951, 108.
 - (3) BALLADORE-PALLIERI, 51 RdC (1935. I), 310-311 ; KLEIN, Considérations, nr. 105-115 ; WENGER, Zum obligationenrechtlichen Schiedsverfahren en bespreking hiervan door GENTINETTA in Rabelsz. 1969, 793.
 - (4) REISMAN, The multifaced phenomenon of international arbitration, Arbitration Journal 1969, 72-73.

halve voor een opvatting die het contractuele in de arbitrage met het rechterlijke verzoent. Voor Robert bijv. was de arbitrage een "institution juridictionnelle libre" (1) : een rechterlijke figuur die vrij gekozen wordt. Voor Rubellin-Devichi was de arbitrage daarentegen "ni contractuelle, ni juridictionnelle, ni hybride, mais autonome" (2). Ook Professor Sauser-Hall en de meeste leden van het Institut de Droit International aanvaardden dat de arbitrage "sui generis" is (3). De hevige discussies over de aard der arbitrage met argumenten, die slechts uit toevalligheden van het eigen recht geput werden, lijken bijgevolg momenteel geluwd. De tijd der "ärgerliche Begriffsjuristerei", zoals Gentinetta het noemde, schijnt voorbij (4). De contractuele grondslag van de arbitrage blijkt algemeen aanvaard : ook door de auteurs die vooral de jurisdictionele dimensie van de arbitrage zien (5).

(1) ROBERT, Arbitrage, nr. 210.

(2) RUBELLIN-DEVICHI, L'arbitrage, nature juridique, nr. 584.

(3) Zie Verslag en ontwerp van resoluties, voorgebracht door SAUSER-HALL, Ann. I.D.I. 1952, I, 469 e.v. en de opmerkingen der leden der commissie, ibidem, 476 e.v.. Bespreking in Ann. I.D.I. 1957, II, 394 e.v. ; 1959, II, 264 e.v.. Adde SANDERS, N.T.I.R. 1956, 222.

(4) GENTINETTA, Lex Fori, 101.

(5) Dat de contractuele grondslag van de arbitrage niet in twijfel getrokken wordt door de auteurs, die de arbitrage vooral procesrechtelijk zien, blijkt uit de discussie in de Duitse rechtsleer of de overeenkomst tot arbitrage nu procesrechtelijk dan wel materieelrechtelijk is. Niemand betwist dat deze overeenkomst de grondslag van de beslechting is.
Zie bijv. BOHM, Zur Rechtsnatur des Schiedsvertrages, ZfRV 1968, 278 ; HABSCHEID, Die Rechtsnatur des Schiedsvertrages, KTS 1955, 33-39 ; HABSCHEID, Zur neueren Entwicklung, KTS 1970, 141-142 ; LORENZ, Die Rechtsnatur von Schiedsvertrag und Schiedsspruch, 157 A.C.P. (1958) 265-302 ; MUNZBERG, Schranken der Parteivereinbarungen, 24-26 ; WALKER, Die freie Gestaltung des Verfahrens, 8-11. BGH 21 november 1966 (KTS 1966, 246 ; BB 1967, 97) aanziet de overeenkomst tot arbitrage als een materieelrechtelijk overeenkomst.

§ 1. De overeenkomst tot arbitrage bepaalt welke geschillen door arbitrage beslecht kunnen worden

34. In een arbitrage spreekt de arbiter zich uit over de subjectieve rechten van de partijen. De arbiter is slechts bevoegd om te beschikken over de rechten van partijen, indien deze hem hun beschikingsrecht afstaan. Dit sluit in dat de opdracht aan de arbiter om te oordelen over rechten, waarover de partijen zelf niet kunnen beschikken, *ratione materiae* ongeldig is. Tevens volgt hieruit dat de aanstelling van een arbiter door partijen, die onbevoegd of onbekwaam zijn om hun rechten en plichten door een arbiter te laten definiëren, *ratione personae* ongeldig is. Het is door de overeenkomst tot arbitrage en de arbitrage-overeenkomst dat partijen voor arbitrage opteren, een arbiter aanstellen en hem opdracht geven een geschil te beslechten. De geldigheid van deze overeenkomsten bepaalt bijgevolg het toepassingsgebied *ratione materiae* en *personae* van de arbitrage.

35. De geldigheid van de overeenkomst tot arbitrage en de arbitrage-overeenkomst beperkt de geschillen, die door arbitrage kunnen beslecht worden. Daar de arbitrage-overeenkomst voortvloeit uit de overeenkomst tot arbitrage wordt uiteindelijk het werkingsgebied van de arbitrage begrensd door de overeenkomst tot arbitrage.

Het Engelse recht vertrekt van de vaststelling dat arbitrage mogelijk is over alle subjectieve rechten waarover de partijen kunnen beschikken. De onbekwaamheid van een partij om over een recht te beschikken sluit in dat zij tevens geen overeenkomst tot arbitrage mag afsluiten inzake de beslechting van de rechtsstrijd waarin dit recht op het spel staat (1).

(1) RUSSELL, Arbitration, 27 : "Every person who has a right of which he can dispose is competent to submit questions affecting that right to arbitration, and any disabilities that affect the right of disposal will equally affect his right of submission".

De Belgische en Duitse arbitragewet verwijzen naar de dadings. Zij stellen dat arbitrage enkel mogelijk is over geschillen, waarover partijen een dading kunnen aangaan (1) ; in andere woorden alleen inzake rechten waarover partijen kunnen beschikken (2). De Belgische wetgever verkoos trouwens met opzet de verwijzing naar de dading boven het begrip "rechten waarover de partijen de vrije beschikking hebben", daar aldus dezelfde idee meer duidelijk tot uitdrukking zou komen (3).

De Franse wet drukt deze idee meer direct uit :

"Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition" (Code civil art. 2059).

Ratione materiae is de arbitrage aldus beperkt tot de beslechting van geschillen inzake rechten waarover men beschikken kan. Dit wordt trouwens in andere woorden herhaald door de Franse arbitragewet :

"On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ... et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public" (Code civil art. 2060).

Deze laatste verbodsbepaling is wel ruimer : het verbod een overeenkomst tot arbitrage te sluiten voor geschillen die de openbare orde aanbelangen, maakt arbitrage tevens onmogelijk voor geschillen inzake

- (1) België : Ger. Wetb. art. 1676, lid 1. Duitsland : Z.P.O. § 1025 I. In hoofde van deze geschillen bestaat er een "objectieve Vergleichsberechtigung" (ROSENBERG, L. en SCHWAB, K., Zivilprozessrecht, Munchen 1969, 934).
- (2) België : B.W. art. 2045, lid 1. Zie tevens DE GAVRE, J., Le contrat de transaction en droit civil et en droit judiciaire privé, Brussel 1967, 267-359 ; GHEYSEN, G., Dading, Algemene Practische Rechtsverzameling, Brussel 1966, nr. 139-179. Zie evenwel inzake de vroegere mogelijkheid voor partijen om een overeenkomst tot arbitrage te sluiten inzake de vroegtijdige ontbinding van een vennootschap als de arbiters als "amiable compositeurs" moeten oordelen : Beroep Brussel 15 oktober 1971, Rev. prat. soc. 1972, 217 met noot COPPENS ; R.W. 1971-1972, 664 ; Cass. 2 februari 1973, J.T. 1973, 421 ; Pas. 1973, I, 529 ; R.G.J.B. 1975, 394, noot LINSMEAU en VAN GELDER ; Rev. Prat. Soc. 1973, 137. Bovendien zou een partij slechts geldig een overeenkomst tot arbitrage van een bevrachtingsovereenkomst kunnen sluiten wanneer deze overeenkomst bepaalt dat art. 91 van de zeewet van toepassing is : Hrb. Antwerpen 1 oktober 1966, Jur. Anv. 1967, 237. Het is de vraag in welke mate deze onmogelijkheid niet door de recente arbitragewet opgeheven is (zie nr. 6).
Duitsland : BGB §§ 134, 138, 312 en 1614.
- (3) Parl. Besch. Kamer 1970-1971, nr. 988 - 1, 9.

rechten waarover men toch beschikken kan, maar die de openbare orde raken. De Franse houding tegenover het compromissoir beding (1) kan men beschouwen als een eerste blijk van het Franse wantrouwen tegenover de arbitrage. Het verbod van arbitrage voor geschillen, die de openbare orde aanbelangen, is hiervan een tweede uiting. Weliswaar moet het geschil zelf, en niet de rechtsrelatie waaruit het ontstaan is, de openbare orde aanbelangen opdat geen arbitrage mogelijk zou zijn (2). Hierdoor wordt de Franse verbodsbepaling enigszins versoepeld. Evenwel volstaat het dat voor de beslechting van het geschil de interpretatie of toepassing van een regel van openbare orde nodig is opdat elke arbitrage over dit geschil uitgesloten zou zijn (3). Aldus willen de Franse wetgever en rechter de arbitrage bevlechten tegen een mogelijke verkeerde toepassing van de regel van openbare orde. In feite beantwoordt het principe echter aan geen enkele noodzaak en schiet het zijn doel, de arbitrage in veilige banen te leiden, voorbij (4). Geschillen, die in Duitsland wel juist gearbitreerd kunnen worden, zouden in Frankrijk immers niet voor een arbiter gebracht kunnen worden omdat zij de openbare orde aanbelangen :

36. VB :

In 1963 verleende een Duitse fabrikant van ijs-delicatessen een Franse firma het alleenverkooprecht voor haar produkten voor Frankrijk met het verbod deze produkten buiten Frankrijk voort te verkopen. Enkele jaren nadien trok de Duitse fabrikant deze concessie echter in.

(1) Zie nr. 6.

(2) Zie ROBERT, Arbitrage, nr. 26, p. 51 en de aldaar geciteerde rechtspraak. Zie tevens LEVEL, P., L'arbitrage, art. 1003-1028, fasc. IV, 2e cahier, nr. 14 in Juris-classeur Procédure civile.

(3) Zie ROBERT, Arbitrage, nr. 26. Zie tevens LEVEL, P., ibidem, nr. 9-21. Volgens RUBELLIN-DEVICHI, L'arbitrage, nature juridique nr. 55, gaat de beroepsrechter bij inlandse arbitrage niet meer na of het geschil de openbare orde aanbelangt, doch enkel of de uitspraak tegen de openbare orde indruist. De overeenkomst tot arbitrage is derhalve niet nietig wanneer het geschil de openbare orde aanbelangt. Het arrest waarop zij zich steunt, Beroep Parijs 22 januari 1954, J.C.P. 1955, J., 335, betreft evenwel buitenlandse arbitrage te Rotterdam, waarvoor de Franse nietigheidsgrond voor de overeenkomst tot arbitrage niet geldt. ROBERT, Arbitrage, nr. 26, 52 ziet in Beroep Parijs 21 februari 1964, Rev. Arb. 1964, 55 een bewijs dat de rechter soms de overeenkomst tot arbitrage als geldig aanziet zolang de uitspraak maar niet tegen de openbare orde indruist. Dit voorbeeld is evenwel slecht gekozen omdat ook hier de arbitrage in Rotterdam plaats had en de Franse rechter derhalve voor een buitenlandse uitspraak stond. .

(4) Zie CONFREVILLE, M., La Réforme de la procédure arbitrale en France, Rev. Arb. 1963, 3-16, 5.

De Franse firma eiste hiervoor schadevergoeding ; de Duitse fabrikant weigerde deze te betalen. Beide partijen kwamen overeen het geschil in Duitsland aan arbiters te onderwerpen en sloten hiertoe een overeenkomst tot arbitrage. Het geschil draaide rond het recht op een betaling van schadevergoeding wegens de verbreking van de concessie-overeenkomst. Hierover konden de partijen beschikken. Bijgevolg bleek het geschil in Duitsland voor arbitrage vatbaar. Tijdens de beslechting riep de Duitse fabrikant evenwel artikel 85 van het E.E.G.-verdrag in teneinde de arbiters ertoe te bewegen vast te stellen dat de verkoopconcessie strijdig met het Europees mededingingsrecht en derhalve nietig was (1). De arbiters gaven hieraan geen gehoor. Indien de arbitrage in Frankrijk had plaats gehad, lijkt het inroepen van artikel 85 voldoende om de arbitrale beslechting te blokkeren. Naar Frans recht volstaat het dat een norm van openbare orde, zoals art. 85 er één is, voor de beslechting van het geschil moet geïnterpreteerd en toegepast worden opdat de overeenkomst tot arbitrage nietig zou zijn (2).

37. Ratione personae wordt de arbitrage beperkt tot de partijen, die kunnen beschikken over de rechten, die in de arbitrale beslechting

-
- (1) Over de feiten van het voorbeeld BGH 31 mei 1972, NJW 1972, 2180. Zie tevens de volgende uitspraken in kartelaangelegenheden : BGH 20 mei 1966, BB 1966, 754 ; MDR 1966, 739 ; Betrieb 1966, 1051 ; BGH 25 oktober 1966, BGHZ 46,365 ; BB 1967, 346 ; MDR 1967, 382 ; NJW 1967, 1178 ; BGH 27 februari 1969, BB 1969, 692 ; MDR 1969, 459 ; NJW 1969, 978 ; Rev. Arb. 1971, 25.
- (2) ROBERT, Arbitrage, nr. 26 ; VON HULSEN, Die Zulässigkeit von Schiedsverfahren in Kartellsachen in den Vereinigten Staaten und Europa, 36, RabelsZ. 1971, 140. Elders geeft ROBERT (Arbitrage nr. 388) een speciaal statuut aan de arbitrage van geschillen waarop art. 85 van toepassing is : zolang art. 85 de litigieuze overeenkomst niet nietig maakt, is arbitrage toegelaten. Deze opvatting, ingegeven door de noodzaak om in Frankrijk de arbitreerbaarheid van geschillen inzake art. 85 te regelen zoals in de andere E.E.G.-landen (cfr. ROBERT, Rev. Arb. 1966, 23 ; SCHLOSSER, Schiedsgerichtsbarkeit, nr. 290-291), doet afbreuk aan het in Frankrijk geldend verbod van arbitrage zodra normen van openbare orde moeten aangewend worden, zonder dat deze opvatting door rechtspraak gestaafd is. Zie Cass. 18 mei 1971, Clunet 1972, 62 met noot OPPETIT, 67, als correctie op Beroep Parijs 20 juni 1969, Rev. Arb. 1969, 95 ; Clunet 1971, 118 met noot OPPETIT ; R.C.D.I.P. 1969, 738 met noot MEZGER. In Beroep Parijs 22 februari 1967, J.C.P. 1967.II.15233 met noot ROBERT wordt een arbitrale uitspraak besproken waarin de arbiters besloten hadden zich niet over art. 85 uit te spreken en hun uitspraak op te schorten zolang de Commissie geen beslissing getroffen had over de geldigheid van de litigieuze overeenkomst volgens het Europees recht. In de strikte zin hebben de arbiters bijgevolg art. 85 niet aangewend bij de beslechting.

op het spel staan. Minderjarigen, geesteszieken en andere handelingsonbekwamen kunnen derhalve geen partij zijn tot arbitrage (1). Bij handelsarbitrage zullen dergelijke handelingsonbekwamen evenwel doorgaans geen partij zijn, zodat men abstractie van deze verbodsbepaling mag maken. Het kan echter wel voorkomen dat een failliet-verklaarde een overeenkomst tot arbitrage ondertekent. Naar Belgisch, Duits en Frans recht is dergelijke overeenkomst wegens onbekwaamheid niet bindend (2).

38. Het verbod voor de staat en andere publiekrechtelijke instellingen om een overeenkomst tot arbitrage te sluiten, dat in het Belgisch en Frans recht bestaat, is een meer ernstige beperking van de handelsarbitrage *ratione personae*. Het verbod is immers een verruiming van het aangevoerde principe : vermits naar Belgisch en Frans recht publiekrechtelijke rechtspersonen een dading kunnen aangaan (3), zouden zij ook een geldige overeenkomst tot arbitrage moeten kunnen sluiten, ware het niet dat de arbitragewet hen dit uitdrukkelijk verbiedt.

In België achtte de wetgever, toen hij de arbitragewet uitwerkte, het niet wenselijk dat de overheid partij tot een arbitrage zou kunnen zijn. De overheid moest een glazen huis zijn ; het binnenkamers karakter van de arbitrage zou het voor de publieke opinie onmogelijk maken om te controleren of de geschillen, waarbij staatsgelden op het

-
- (1) België : DE GAVRE, J., *o.c.*, 148-207 ; DERMINE, *Arbitrage*, nr. 27-31 ; KEUTGEN en HUYS, *J.T.* 1976, 53, nr. 14-15. Voor Duitsland, BAUMBACH-SCHWAB, *Schiedsgerichtsbarkeit*, 65-66 ; Frankrijk : ROBERT, *Arbitrage*, nrs. 9-18 en LEVEL, P., "Compromis d'arbitrage", *Juris-classeur civil*, nrs. 7-8 ; Engeland, RUSSELL, *Arbitration*, 27-29.
- (2) België : Ger. Wetb. art. 1676, lid 3 ; Duitsland : Konkursordnung § 7, BAUMBACH-SCHWAB, *Schiedsgerichtsbarkeit*, 66 ; Frankrijk : ROBERT, *Arbitrage* nr. 19. Zie evenwel voor Engeland : RUSSELL, *Arbitration*, 28.
- (3) Voor België : DE GAVRE, J., *o.c.*, 217-224 ; voor Frankrijk, "Transaction", art. 2044-2058, *Juris-classeur civil*, fasc. B., nrs. 47-50.

spel staan, billijk beslecht worden (1). Dit argument overtuigt echter niet. Het geldt immers ook voor de dading, die ook binnenkamers wordt aangegaan. Het administratief en parlementair toezicht over de dadingen van de overheid zou trouwens ook voor de arbitrale beslechting gelden. De ware reden ligt elders. De Belgische wetgever kan niet gedogen dat de overheid of een openbare instelling een private beslechter zou verkiezen boven de rechtsmacht, die bij wet ingesteld werd (2). Derhalve verbood hij als algemene regel aan de Belgische publiekrechtelijke personen om een overeenkomst tot arbitrage te onderschrijven. Enkel de Belgische Staat, en alleen nog indien een Verdrag dit toestaat, zou een overeenkomst tot arbitrage kunnen ondertekenen (3). Voor vreemde publiekrechtelijke rechtspersonen geldt dit arbitrage-verbod echter niet (4). De arbitragewet voorzag trouwens dat bij wet uitzondering kan gemaakt worden op dit arbitrage-verbod ; enkele wetten hebben deze strekking (5).

-
- (1) Parl. Besch. Kamer (1971-1972), nr. 3, 6.
 - (2) Parl. Besch. Kamer (1971-1972), nr. 195, nr. 2.
 - (3) Ger. Wetb. art. 1676, lid 2. Zie tevens de vroegere rechtspraak, die niet op een expliciet verbod van de arbitragewet steunde, Beroep Brussel 9 december 1950, R.W. 1950-1951, 662 ; Jur. Anv. 1952, 205 (Belgische staat. De staat of publiekrechtelijke instelling is evenwel gebonden door het compromissoir beding van de overeenkomst, waarvan zij alle rechten en plichten overgenomen heeft) ; Rb. Antwerpen 29 april 1955, Jur. Anv. 1961, 145 (Nationale Dienst der Bevoorrading) ; Rb. Antwerpen 6 februari 1952, Jur. Anv. 1952, 20 (Belgische Staat - Economische zending). In Beroep Brussel 24 april en 10 juli 1954, Pas. 1955, II, 126 werd evenwel aanvaard dat de Nationale Bank wel de bevoegdheid had om een overeenkomst tot arbitrage af te sluiten.
 - (4) Beroep Luik 7 april 1936, Pas. 1937, II, 36 (Griekenland) ; Arbitrale uitspraak 21 december 1943, Rev. Not. 1944, 236 (Frankrijk) ; Vrederecht St. Vith 26 juli 1936, J.J.P. 1936, 304 (gemeente uit een Oostkanton dat voordien Duits was).
 - (5) Bijv. art. 57 § 3 van de herstellwet, Belg. Staatsblad 1 april 1976, 3936. De Nationale Delcredere dienst en de Rijksdienst voor Maatschappelijke Zekerheid kregen bij wet de bevoegdheid om overeenkomsten tot arbitrage af te sluiten (wet 30 december 1970, art. 9 ; wet 27 juni 1969, art. 11).

Ook naar Frans recht was het de staat, het openbaar domein, de gemeenten en openbare instellingen verboden om een overeenkomst tot arbitrage te sluiten. Het leek voor de overheid ongepast om zich aan haar eigen rechtsmacht te onttrekken teneinde zich aan het oordeel van een burger te onderwerpen (1). De publiekrechtelijke personen namen de laatste decennia, bijv. door het charteren van schepen - een sector waar arbitrage gebruikelijk is -, evenwel meer en meer deel aan het transnationaal handelsverkeer. Het verbod voor de overheid om een overeenkomst tot arbitrage te sluiten bleek onbillijk voor wie de overheid als partner bij een internationale handelsovereenkomst had, en op de gesloten overeenkomst tot arbitrage vertrouwde. Om dit euvel te verhelpen verzwakte het Franse Hof van Cassatie in 1964 het verbod : publiekrechtelijke rechtspersonen mogen voortaan wél overeenkomsten tot arbitrage sluiten ; doch enkel indien het arbitrage betreft inzake overeenkomsten van de internationale handel (2). De huidige stand van het Franse recht is echter onduidelijk. Artikel 2060 van de Code civil, ingevoerd in 1972, verbiedt elke overeenkomst tot arbitrage voor geschillen, die de "collectivités publiques et les établissements publics" aanbelangen. Dit artikel lijkt het verbod te verruimen : arbitrage is niet enkel onmogelijk wanneer de publiekrechtelijke persoon partij tot het geschil

-
- (1) Code proc. civ. art. 2004 en 83 lid 1. Ook voor de administratieve rechtbanken, waarvoor de Code proc. civ. niet geldt, geldt het verbod voor de staat om zich aan arbitrage te onderwerpen : "les ministres ne peuvent remettre aux mains des arbitres la solution d'une question litigieuse parce qu'ils ne peuvent se dérober aux juridictions établies" (Conseil d'Etat 17 maart 1893, Sirey 1894.3.109). Zie tevens ROBERT, Arbitrage, nr. 23. De publiekrechtelijke instelling blijft evenwel gebonden door het compromissoir beding, dat overgenomen werd. (Arbitrale uitspraak 30 maart 1968, Rev. Arb. 1968, 71, 76)
- (2) Arrest San Carlo : Cass. 14 april 1964, J.C.P. 1965.II.14406 ; Dall. 1964, J., 637 met noot ROBERT, Clunet 1965, 646 met noot GOLDMAN, R.C.D.I.P. 1966, 68 met noot BATIFFOL, Rev. Trim. dr. civ. 1965, 711 met noot HEBRAUD. Zie tevens Arrest Galakis : Cass. 2 mei 1966, J.C.P. 1966.II.14798 met noot LIGNEAU, Clunet 1966, 648 met noot LEVEL ; Dall. 1966.J., 575 met noot ROBERT ; R.C.D.I.P. 1966, 553 met noot GOLDMAN ; DERAINS, Rev. Arb. 1973, 144-145.

is, doch telkens het geschil deze persoon aanbelangt ; ook al is zij zelf geen partij. Voortaan zou derhalve ook arbitrage tussen de houder van een vervoerconcessie en een particulier inzake deze concessie uitgesloten zijn (1). Uit de tekst van art. 2060 kan men anderzijds besluiten dat het verbod voor overeenkomsten inzake arbitrage van contracten der internationale handel, dat het Hof van Cassatie in 1964 introk, door de wetgever weer ingevoerd werd. Het is echter te hopen dat de Franse rechtbanken art. 2060 zullen interpreteren in het licht van de gevestigde rechtspraak, zodat de overheid wél geldige overeenkomsten tot arbitrage inzake een internationale handelsovereenkomst mag afsluiten.

39. De overeenkomst tot arbitrage kan ook om andere redenen ongeldig zijn. Een partij kan, krachtens het algemene verbintenissenrecht, ontkennen dat zij werkelijk tot de overeenkomst tot arbitrage heeft toegestemd. Zij kan het de andere partij ook aanwrijven dat deze een te groot aandeel in de keuze der arbiters gehad heeft (2) ; zij kan beweren dat zij er door de andere partij in feite toe gedwongen werd om de overeenkomst tot arbitrage te ondertekenen (3).

40. Indien geen overeenkomst tot arbitrage gesloten was of de gesloten overeenkomst ongeldig blijkt, zal de rechter dit vaststellen. Hij zal hieruit besluiten dat de partijen niet tot arbitrage gehouden zijn. Indien de arbiters een uitspraak gevelde hebben tussen partijen, die niet door een geldige overeenkomst tot arbitrage gebonden zijn, zal de rechter deze uitspraak, die zonder contractuele grondslag tot stand kwam, nietig verklaren (4). Het is mogelijk dat de arbiters zich in

(1) LEVEL, P., "Compromis d'arbitrage" art. 2059-2061, Juris-classeur civil nr. 9.

(2) Bijv. Ger. Wetb. art. 1678, lid 1 ; BGH 5 november 1970, NJW 1971, 139.

(3) Bijv. Z.P.O. § 1025 II.

(4) België : Ger. Wetb. art. 1704, lid 2, c. Duitsland : Z.P.O. § 1041, I, lid 1 ; Z.P.O. § 1042 II ; Frankrijk : Code proc. civ. art. 1028, lid 1 en 2 ; Engeland : Christopher Brown Ltd. v. Genossenschaft Oesterreichische Holzwirtschaftsbetrieb (1953) I Q.B. 8 ; Oil Products Trading Co. v. Société de Gestion d'Entreprises Coloniales, (1934) 150 L.T. 475 ; Golodetz v. Schrier (1947) 80 Lloyd's Rep. 647 ; Taylor & Son v. Barnett Trading Co. Ltd. (1953) 1 W.L.R. 562.

hun uitspraak reeds over de geldigheid van de overeenkomst tot arbitrage hebben uitgesproken (1). Zij hebben immers de bevoegdheid te oordelen over de overeenkomst die hen bevoegd maakt ("Kompetenz-Kompetenz"). Ook al hebben de arbiters de overeenkomst tot arbitrage geldig bevonden, niets weerhoudt de rechter ervan om deze overeenkomst ongeldig te verklaren (2). In Duitsland stelde een arrest van het Bundesgerichtshof weliswaar dat de uitspraak van de arbiters over de geldigheid van de overeenkomst tot arbitrage - indien de partijen hen deze bevoegdheid uitdrukkelijk hebben toegekend - de rechter bindt (3). Dit arrest wordt evenwel door de rechtsleer bekritiseerd (4).

§ 2. De arbitrage-overeenkomst bepaalt de rechtsmacht en bevoegdheid van de arbiters

41. De arbiter krijgt van de partijen rechtsmacht om van een geschil kennis te nemen en bevoegdheid om zich over de rechten van de partijen uit te spreken (5).

Een arbiter kan een geschil slechts beoordelen omdat partijen hem de beslechting opdroegen in de arbitrage-overeenkomst. Deze overeenkomst, waaruit hij zijn rechtsmacht put, beperkt haar tevens. Een arbiter, die zich uitspreekt over geschillen, waarvan de beslechting hem niet toevertrouwd werd, overschrijdt zijn rechtsmacht (6). Om deze reden

- (1) Bijv. I.K.K. nr. 1507 en 1526, Clunet 1974, 913 en 915.
- (2) Zie bijv. BULOW, A., Die positive Zwischenentscheidung eines Schiedsgerichts über seine Zuständigkeit - ihre Bedeutung und ihre Auswirkung im nationalen und internationalen Recht, KTS 1970, 125-135 ; MEZGER, Compétence - compétence des arbitres et indépendance de la convention arbitrale, Arbitrage commercial Minoli, 315-316 ; ZEITNER, Kompetenz-Kompetenz.
- (3) BGH 3 maart 1955, BB 1955, 552 ; KTS 1961, 26.
- (4) Zie MEZGER, Arbitrage commercial Minoli, 317-318 ; SCHLOSSER, Schiedsgerichtsbarkeit, nr. 496.
- (5) Zie nr. 2.
- (6) Zie Belgische Ger. Wetb. art. 1704 lid 2, waar "rechtsmacht" evenwel door "compétence" vertaald wordt terwijl het in art. 556 inzake de rechterlijke bevoegdheid door "jurisdiction" vertaald is.

wordt zijn uitspraak nietig (1).

VB.

De uitgeversfirma Massin had sedert 1938 het exclusieve advertentie-recht voor haar tijdschrift "Art et Décoration" verleend aan Bahry. In 1963 wilde Massin de band met Bahry verbreken. Aan arbiters werd gevraagd hoeveel Massin aan Bahry verschuldigd was als vergoeding voor de aangebrachte adverteerders. De arbiters veroordeelden Massin tot een som, die Bahry niet enkel voor de aangebrachte adverteerders vergoedde doch die "in elk geval" tevens als vergoeding gold voor het feit dat Massin gedurende achttien jaren geen sociale bijdragen voor Bahry betaald had aan een verzekeringskas. De Franse rechter oordeelde dat de overeenkomst tot arbitrage de arbiters enkel verzocht had de schadevergoeding wegens de beëindiging der overeenkomst te bepalen, zodat de arbiters zich niet mochten uitspreken over het geschil mbt. het niet-betalen van de sociale bijdragen aan een verzekeringskas. Bijgevolg was de uitspraak wegens overschrijding der rechtsmacht nietig (2).

De arbitrage-overeenkomst maakt de arbiter bevoegd om zich over de rechten en plichten van partijen uit te spreken. Doch de bevoegdheid van de arbiter reikt niet verder dan hetgeen gevorderd werd. De arbiter mag bijvoorbeeld niet meer schadevergoeding toekennen dan gevraagd werd ; noch mag hij een inbreuk op een recht herstellen op een wijze, die niet door de partijen bedoeld was. In dergelijke gevallen zou hij immers zijn bevoegdheid overschrijden (3). Zijn uitspraak is dan niet meer bindend daar zij haar contractuele grondslag mist (4).

-
- (1) België : Ger. Wetb. art. 1704, lid 2, d. ; Duitsland : SCHLOSSER, Schiedsgerichtsbarkeit, nr. 721 ; Frankrijk : Code proc. civ., art. 1028, lid 5 ; ROBERT, Arbitrage, nr. 251. Engeland : RUSSELL, Arbitration, 315, 332-333, 344-345.
 - (2) Frans Cass. 22 november 1968, J.C.P. 1969.II.15893 noot LEVEL, Rev. Arb. 1969, 24 en Cass. 20 december 1971, Rev. Arb. 1972, 122.
 - (3) Zie Ger. Wetb. art. 1704 lid 2, d. waar "bevoegdheid" door "pouvoir" vertaald wordt alhoewel het in art. 556 mbt. de rechterlijke bevoegdheid "compétence" genoemd wordt.
 - (4) België : Ger. Wetb. art. 1704 lid 2, d. Beroep Brussel 17 maart 1934, Pas. 1934,II,99 ; Rev. Not. 1936, 494 (ongevraagd bevel tot betalen) ; Antwerpen 16 december 1936, Jur. Anv. 1937, 94 (bevel tot uitvoering van de overeenkomst terwijl slechts de verbreking gevraagd werd) ; Beroep Brussel 15 mei 1954, J.T. 1954, 576 ; Pas. 1955, II, 11 (gerechtelijke intresten die niet gevorderd waren). Duitsland : BAUMBACH-SCHWAB, Schiedsgerichtsbarkeit, 179-180. De
.../...

42. Een delicaat probleem rijst inzake de vorderingen, die in de loop van de arbitrale procedure ingesteld worden. De arbitrage-overeenkomst, die de arbiter bij de aanvang van de arbitrale beslechting met de partijen gesloten heeft, verplicht hem ertoe de vorderingen te beslechten, die in deze overeenkomst vermeld worden. Eén der partijen kan evenwel tijdens de arbitrale procedure een nieuwe vordering instellen. De arbiter kan van deze nieuwe vordering slechts kennis nemen indien de andere partij hiermee akkoord gaat. In feite zal een partij, die een vordering instelde, steeds moeten dulden dat de andere partij tegen deze vordering een tegenvordering instelt, voorzover deze tegenvordering een daadwerkelijk verweer tegen de eerste vordering uitmaakt. Een partij, tegen wie geen vordering ingesteld werd, zal tevens moeten gedogen dat op grond van dezelfde feiten een samenhangende of alternatieve vordering wordt ingesteld. Doch enkel indien de arbiter de opdracht aanvaardt - wat o.m. blijkt uit de omstandigheid dat hij van de nieuwe vordering wil kennis nemen - breidt hij de arbitrage-overeenkomst, en aldus zijn rechtsmacht en bevoegdheid, tot de nieuwe vordering uit (1). Het staat de arbiter m.i. vrij om geen kennis van een nieuwe vordering te nemen ; de partijen kunnen hem hiertoe niet dwingen.

§ 3. De overeenkomst tot arbitrage beperkt de werking der beslechting

43. De arbitrale beslechting geldt enkel tussen degene die partij zijn tot de arbitrage (2). Wie niet door een overeenkomst tot arbitrage

.../...

inhoud van wat gevorderd wordt, dient evenwel ruim geïnterpreteerd : bijv. Beroep Parijs 20 juni 1957, Dall. 1958, J., 374. Engeland : RUSSELL, Arbitration, 344-345 (arbitrage is nietig) ; 396-398 (uitspraak dient door de arbiters gecorrigeerd) ; 399-400 (uitspraak wordt gedeeltelijk nietig verklaard).

- (1) BERNARD, Arbitrage, nr. 407-408 ; ROBERT, Arbitrage, nr. 185 ; BAUMBACH, e.a., Zivilprozessrecht München 1974, 1806 ; RUSSELL, Arbitration, 66.
- (2) België : Ger. Wetb. art. 1703. Duitsland : Z.P.O. § 1040 : "Der Schiedsspruch hat unter den Parteien die Wirkungen eines rechtskräftigen gerichtlichen Urteile". Frankrijk : Code proc. civ., art. 1022 : "Les jugements arbitraux ne pourront, en aucun cas, être opposés à des tiers" ; De uitspraak heeft gezag van gewijsde zonder exequatur (Cass. 7 juni 1972, Rev. Arb. 1974, 91 met noot LOQUIN na Beroep Parijs 6 juli 1971, Dall. 1971, J., 614 ; Rev. Arb. 1971, 119 met noot ROBERT ; J.C.P. 1972.II.16993 met noot LEVEL). Engeland : zie bijv. Tunbridge Wells Local Board v. Ackroyd (1880) 5 Ex. D. 199.
België : BERNARD, Arbitrage, nr. 520-523 ; Duitsland : BAUMBACH-SCHWAB, Schiedsgerichtsbarkeit, 80 ; BAUMBACH, e.a. Zivilprozessordnung, München 1974, 1807 ; Frankrijk : ROBERT, Arbitrage, nr. 259 ; Engeland : RUSSELL, Arbitration, 312-321. Derden kunnen wel rechten en plichten uit een arbitrale uitspraak verwerven (BGH 6 maart 1969, KTS 1970, 30).

gebonden is, kan niet verplicht worden om - zelfs tussenkomende - partij tot de arbitrage te worden (1). Indien hij toch vrijwillig aan de arbitrage deelneemt, sluit hij impliciet met de andere partijen een overeenkomst tot arbitrage af waardoor hij zich door de uitspraak gebonden verklaard. Anderzijds is wie een overeenkomst tot arbitrage ondertekende, als partij gebonden aan de arbitrale uitspraak, ook al liet hij nadien verstek gaan. Het feit dat de werking der arbitrage beperkt is tot wie de overeenkomst tot arbitrage sloot begrenst de mogelijkheden van de arbitrage. De arbiters kunnen niemand veroordelen die zich niet door een overeenkomst tot arbitrage aan hun uitspraak verbonden verklaarde. Dit principe stelt speciale eisen aan de arbitrage van een geschil dat tegelijkertijd meer dan één overeenkomst aanbelangt.

Zowel de aannemer en de onderaannemer als de aannemer en de opdrachtgever kunnen bijv. een geschil hebben over de slechte uitvoering van het werk dat de onderaannemer voor de aannemer moest uitvoeren (2). Bij een project, in twee aannemingen opgesplitst, kan het onmogelijk zijn om aan te tonen wie van beide aannemers voor een gebrek verantwoordelijk is, zodat een veroordeling in solidum wenselijk wordt (3).

Indien een rechter dergelijk geschil zou beoordelen, staat hij toe om alle belanghebbende partijen in eenzelfde procedure te betrekken (4). Bij de arbitrage is dit evenwel onmogelijk voorzover deze partijen niet allen door een overeenkomst tot arbitrage verbonden zijn. Wil men dergelijke geschillen toch arbitraal beslechten en tevens vermijden

-
- (1) Zie bijv. Beroep Gent 30 juni 1931, Jur. Com. Fl. 1938, 96 ; ROBERT, Arbitrage, nr. 183.
 - (2) Zie FUNCK BRENTANO, R., Arbitrage et sous-traitance, Rev. Arb. 1972, 448 ; noot onder Beroep Parijs 29 mei 1973, Rev. Arb. 1973, 188-189.
 - (3) Zie Beroep Parijs 4 december 1973, Rev. Arb. 1974, 303.
 - (4) Franse rechtbanken miskenden zelfs de overeenkomst tot arbitrage, die sommige partijen met elkaar verbond : Beroep Poitiers, 28 november 1973 en Beroep Parijs 4 december 1973, Rev. Arb. 1974, 301, met noot RUBELLIN-DEVICHI.

dat er tegenstrijdigheid zou bestaan tussen de beslissingen, die zich over de respectieve overeenkomsten uitspreken, dan moet men in deze overeenkomsten gelijklopende compromissoire bedingen inlassen. Deze compromissoire bedingen moeten dezelfde geschillen-omschrijving bevatten en moeten toelaten dat dezelfde arbiters benoemd worden. Deze compromissoire bedingen zouden dan kunnen leiden tot één overeenkomst tot arbitrage. Zo zouden ook personen, die geen oorspronkelijke contractpartners waren, deelnemen aan éénzelfde arbitrageprocedure en gebonden zijn door éénzelfde uitspraak.

Er bestaat nog een andere remedie voor het euvel dat een arbitrageuitspraak niet tegenwerpelijk is aan de derde, die geen overeenkomst tot arbitrage sloot. In een overeenkomst kan deze derde zich gebonden verklaren door een arbitrale beslechting zonder dat hij zich ertoe verplicht aan deze beslechting deel te nemen. Omdat de derde geen partij tot de arbitrage wil zijn, is deze overeenkomst geen overeenkomst tot arbitrage. Niettemin is de derde contractueel gehouden aan alle bevindingen van de arbitrale uitspraak, die als beslechting weliswaar slechts tussen de partijen tot de arbitrage geldt (1). Dus ook hier wordt de werking van de arbitrale beslechting contractueel bepaald. Deze werkwijze wordt vooral gebruikt bij garantie-overeenkomsten voor sleutel-op-de-deur werken (2). De overeenkomst van borg - alhoewel minder uitdrukkelijk - heeft in feite hetzelfde gevolg : de borggever moet vergoeden wanneer degene, voor wie de borg verleend werd, zijn verplichtingen niet nagekomen is. De vaststelling van de tekortkoming kan geschieden door arbitrage tussen degene voor wie de borg verleend werd en degene die de borg verkreeg. Op deze wijze geeft de arbitrale uitspraak gestalte aan de plichten, die de borg op zich genomen heeft, zonder dat de borg partij tot de arbitrage is.

Een Nederlandse onderneming wilde een lading zink-concentraat laten bewerken door de Franse firma Mimétal. Deze kon het werk echter niet

(1) Zie bijv. Jackson v. Henderson, Craig & Co., (1916) 115 L.T. 36.

(2) Zie EISEMANN, Arbitrage et garanties contractuelles, Rev. Arb. 1972, 379-405 ; MATRAY, L'arbitrage et le problème des garanties contractuelles, Revue de la Banque 1974, 280-288 (deze auteur neemt trouwens de inhoud van Eisemann's artikel grotendeels over).

zelf uitvoeren, maar stelde er zich borg voor dat haar Marokkaanse dochter-onderneming, de Société Marocaine Commerciale et Financière des Matières Premières, het werk degelijk zou uitvoeren. Het werk werd aan deze laatste opgedragen, die de overeenkomst echter niet uitvoerde. In een arbitrage-procedure tussen de Nederlandse en de Marokkaanse onderneming veroordeelde een Engelse arbiter van de I.K.K. de Marokkaanse vennootschap tot schadevergoeding. Daar deze intussen ontbonden was restte de Nederlandse onderneming niets anders dan zich te keren tegen de Franse borg Mimétal. Mimétal voerde echter aan dat zij, als derde, geen partij tot de arbitrage was. Het Parijse Hof van Beroep oordeelde terecht dat Mimétal als borg de schadevergoeding moest betalen. De tekortkoming vanwege de Marokkaanse firma en het bedrag der schade werden als feitelijke gegevens door een neutrale en kundige arbiter vastgesteld. Deze feitelijke gegevens waren een voldoende grond om de borg, die solidair met de Marokkaanse firma voor de uitvoering van de overeenkomst aansprakelijk was, tot betaling te dwingen (1).

§ 4. Contractuele grondslag en rechtsaanwending

44. De contractuele grondslag van de arbitrage staat vast. De arbitrage wordt op touw gezet door de overeenkomst tot arbitrage tussen de partijen. De beslechting steunt op de arbitrage-overeenkomst tussen de partijen en de arbiter. De beslechtingmogelijkheden van de arbitrage worden door de geldigheid van de overeenkomst tot arbitrage beperkt ; de bevoegdheid en rechtsmacht der arbiters steunen op de arbitrage-overeenkomst. De rechtswerking der uitspraak is bepaald en tevens beperkt door overeenkomst. Daarenboven is de arbiter op grond van de arbitrage-overeenkomst contractueel aansprakelijk voor een beslechting, die door een ernstige en laakbare tekortkoming van zijnzwege niet beantwoordt aan wat de partijen van de beslechting verwacht hadden (2). Alhoewel de arbiter zelden aansprakelijk gesteld kan worden voor een verkeerde uitspraak, bevestigt deze aansprakelijkheid dat de beslechting een contractuele prestatie is, welke de arbiter krachtens de arbitrage-overeenkomst moet uitvoeren.

(1) Beroep Parijs 4 januari 1960, Rev. Arb. 1960, 122.

(2) BAUMBACH-SCHWAB, Schiedsgerichtsbarkeit, 93 ; BERNARD, Arbitrage nr. 364-367 ; ROBERT, Arbitrage, nr. 88 ; RUSSELL, Arbitration, 93-94 ; SCHLOSSER, Schiedsgerichtsbarkeit, nr. 455.

45. Om te beslechten moet de arbiter normen op feiten toepassen. Zoals de hele arbitrale beslechting geschiedt ook het vinden en het aanwenden van deze normen ter uitvoering van de arbitrage-overeenkomst. De arbitrale rechtsvinding en rechtsaanwending heeft derhalve door haar contractuele grondslag een ander karakter dan de rechterlijke rechtsvinding en -aanwending, welke deel uitmaken van het rechtersambt. Deze studie van de arbitrale rechtsvinding en rechtsaanwending moet derhalve vertrekken van de vaststelling dat de arbiter recht vindt en aanwendt omdat dit tot zijn contractuele taak behoort. De criteria, waaraan de arbitrale rechtsvinding en -aanwending moeten voldoen, vloeien uit de arbitrage-overeenkomst voort.

§ 5. Rechterlijke begeleiding, vervanging der consensus

46. Arbitrage is mogelijk door de bestendige consensus over de arbitrale beslechting tussen de partijen : de partijen zetten in gemeenschappelijk akkoord de arbitrage op touw en voeren de uitspraak uit omdat zij zo overeenkwamen (1). Dank zij dit voortdurend akkoord kan de arbitrage buiten de rechtszaal plaats grijpen. Wanneer de consensus evenwel ophoudt, "ontspoort" de arbitrage en moet de arbitragewet de arbitrage ter hulp komen. De rechter oefent immers, op grond van de bepalingen die hij in de arbitragewet vindt, de voogdij over de arbitrale beslechting uit en helpt haar eventueel voort (2). De arbitragewet van elk rechtssysteem weerspiegelt evenwel een eigen verhouding tussen rechter en arbitrage.

-
- (1) Zie ROBERT, La loi dans l'arbitrage, International Arbitration Domke, 299 : "Il est permis de considérer qu'en lui-même l'arbitrage ne puise dans la loi aucune force institutionnelle et se développe entièrement par la seule volonté des parties, comme une expression contractuelle de cette volonté".
- (2) De arbitragewet staat enigszins buiten de eigenlijke arbitrale beslechting en dient enkel om de arbitrage een zeker gevolg te geven (ROBERT, International Arbitration Domke, 229). SANDERS, International commercial arbitration, 114.

A. Arbitragewetten

1. Frankrijk

47. De Franse revolutionairen waren de arbitrage, de rechtspraak van het volk, gunstig gezind. Voor hen was arbitrage het middel om de burgers te behoeden voor misbruik vanwege de (koninklijke) rechtbanken. Door decreet wilden zij zelfs verhinderen dat een latere wetgever de mogelijkheid der burgers zou beperken om een geschil voor arbiters te brengen :

"L'arbitrage, étant le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre les citoyens, les législateurs ne pourront faire aucunes dispositions qui tendraient à diminuer soit la faveur, soit l'efficacité du compromis" (1).

De grondwet van het jaar 3 bevestigde trouwens het belang van de arbitrage voor de burgers :

"Il ne peut être porté atteinte au droit de faire prononcer sur les différends par des arbitres du choix des parties" (2).

De opstellers van Napoleon's Code de Procédure Civile, die een regeling inzake de arbitrage in dit wetboek opnamen, hadden daarentegen meer vertrouwen in de rechtspraak der rechtbanken dan in deze van het volk ; arbitrage was voor hen slechts een satire van rechtsbedeling (3). De tekst van de arbitragewet, die als artikelen 1003 tot 1028 van deze Code uit 1806 figureert, was te onvolledig en te vijandig tegenover de arbitrage om de problemen op te lossen die met verloop van tijd door de arbitrage opgeworpen werden. Daar de arbitragewet zweeg, en om het antwoord voor de gerezen moeilijkheden te vinden, voerde de Franse rechtspraak verwikkelingen in, waarvan andere rechts-

(1) Décret van 24 augustus 1790, art. 1 ; BOUCHER, P., Manuel des arbitres, ou Traité complet de l'arbitrage, Parijs 1807, 479.

(2) Art. 210-211 ; BOUCHER, P., o.c., 482.

(3) LOCRE, Législation civile, commerciale et criminelle, Brussel 1838, deel X, 453.

systemen gespaard bleven.

De arbitragewet verbiedt de staat of andere publiekrechtelijke personen aan arbitrage deel te nemen ; de rechtspraak hief dit verbod op wanneer een "contrat international" voorhanden was (1). De wet verbiedt arbitrage voor geschillen, die de openbare orde raken ; de rechtspraak versoepelde dit verbod (2). De partij, die zich niet bij de arbitrale uitspraak wil neerleggen, verdwaalt in een doolhof van proceduremiddelen door rechtspraak gecreëerd (3). Een handige advocaat kan er voor zorgen dat het jaren duurt, vooraleer alle rechtsmiddelen tegen de uitspraak uitgeput zijn en de uitspraak tenuitvoer gelegd kan worden (4).

De auteurs zijn het erover eens dat de Franse arbitragewet, die hopeeloos verouderd is, dringend gewijzigd moet worden (5). Bij wet van 5 juli 1972 werden weliswaar twee van de zesentwintig artikelen van de Code de Procédure Civile vervangen (6). De nieuwe artikelen, die trouwens niets inhouden wat nog niet door de rechtspraak aanvaard was, werden, om praktische redenen, niet meer in de Code de Procédure Civile, doch in de Code Civil ingelast. Aldus is de huidige Franse arbitragewet over twee wetboeken verspreid. De her-formulering van de twee artikelen was bovendien slechts een druppel op een hete plaat, indien men de nood aan herschepping van de ganse Franse arbitragewet voor ogen houdt.

(1) Zie nr. 38.

(2) Zie nr. 35.

(3) Zie bijv. ROBERT, Arbitrage, nr. 233-259.

(4) Het duurde bijv. zelfs negen jaren vooraleer de rechtbanken klaar waren met een arbitrale uitspraak. De procedures omvatten o.m. twee Cassatie-arresten (cfr. Cass. 20 december 1971, Rev. Arb. 1972, 122). Zie tevens BREDIN, J.D. L'abus des voies de recours dans les procédures arbitrales, Rev. arb. 1965, 77 e.v.

(5) Zie bijv. CONFREVILLE, M., Le Réforme de la procédure arbitrale en France, Rev. Arb. 1963, 3-16.

(6) Wet 5 juli 1972, nr. 72-626, Dall. 1972, L., 362 ; LEVEL, P. Une première retouche au droit de l'arbitrage, J.C.P. 1972.I.2494.

2. Duitsland

48. De arbitragewet der Duitse Bondsrepubliek is als tiende boek opgenomen in de Zivilprozessordnung (Z.P.O.) ; §§ 1025-1047 zijn aan haar gewijd. In 1806, toen de Franse wetgever de arbitragewet opstelde, werden door arbitrage voornamelijk burgerlijke geschillen beslecht ; in 1879, wanneer de Z.P.O. van kracht werd, bestond vooral voor handelsgeschillen een behoefte aan arbitrage (1). De Franse wetgever wilde de burgers tegen de arbitrage beschermen ; de Duitse wetgever streefde ernaar de rechtvaardigheid van de arbitrale beslechting te garanderen zonder de arbitrale beslechting hierdoor aanzienlijk te vertragen : op deze wijze werd de arbitrage geschikt om handelsgeschillen te beslechten. De controle die de Duitse rechter over de arbitrale beslechting uitoefent is derhalve minder omvangrijk dan deze van de Franse rechter.

Alhoewel de Duitse arbitragewet nagenoeg een eeuw oud is, beantwoordt zij door haar eenvoud nagenoeg nog steeds aan de eisen die de arbitrage heden stelt. Slechts enkele wijzigingen en aanvullingen werden aangebracht (2).

3. België

49. Vanaf de onafhankelijkheid van België tot 1972 gold in dat land de van Frankrijk overgenomen "Code de Procédure civile", en de daarin vervatte arbitragewet. Deze bleek evenwel spoedig verouderd. In de jaren dat de Duitse arbitragewet ontworpen werd, dokterde ook de Belgische wetgever aan een herziening van zijn arbitragewet ; doch zonder

(1) Zie DAVID, Arbitrage du XIXe siècle et arbitrage du XXe siècle, Mélanges Savatier, 219-221.

(2) Door de Novellen van 1930 en 1933 (BAUMBACH-SCHWAB, Schiedsgerichtbarkeit, 53 ; Int. Jhrb. Schw. III, 243) ; door wet van 21 december 1967 (Z.P.O. § 1025 a) en door wet van 25 juni 1969 (Z.P.O. § 1032, lid 3).

succes (1). In meer recente jaren werden nog twee pogingen ondernomen, die even vruchteloos bleven (2). In 1967 verving een nieuw Gerechtelijk Wetboek de uit Frankrijk overgenomen Code van 1806. De opstellers van dit Gerechtelijk Wetboek verkozen evenwel geen nieuwe arbitragewet te ontwerpen. Het was hun bedoeling dat het Wetboek de tekst van een eenvormige arbitragewet, die in de schoot van de Raad van Europa ontstaan was, zou overnemen (3). Zodra België het Verdrag van Straatsburg van 20 januari 1966, dat deze eenvormige arbitragewet inhield, goedgekeurd had, werd aan het Gerechtelijk Wetboek een nieuwe arbitragewet, als zesde deel, toegevoegd (4).

De Belgische arbitragewet neemt vele artikelen van de eenvormige wet over; voor andere artikelen van de wet maakte België gebruik van de door het Verdrag toegestane mogelijkheid tot tekstwijziging; enkele wetsbepalingen tenslotte vullen de eenvormige wet aan (5). De Belgische is de meest recente van de te bespreken arbitragewetten. De eenvormige wet, waarop zij stoelt, werd daarenboven opgesteld door een comité van deskundigen bij de Raad van Europa en steunt op een ontwerp van het Romeins Instituut voor Eenmaking van het Privaatrecht (6). De tekst van de eenvormige wet kwam tot stand na een grondige rechtsvergelijkende studie en men mag derhalve verwachten dat zij best beantwoordt aan de noden der arbitrage, zoals deze in verscheidene

(1) Parl. Besch. Kamer 1869-1870, 202 e.v.; 1872-1873, 317; 1874-1875, 99 e.v.; 1875-1876, 166; Parl. Besch. Senaat 1875-1876, 76.

(2) Op 27 juni 1956 werd een wetsontwerp in de Kamer neergelegd, doch het verviel door de ontbinding der Kamers in 1958 (Parl. Besch. Kamer 1955-1956, nr. 576-1). Zie tevens GUTT, E., *Réforme de procédure civile*, J.T. 1956, 725.

(3) VAN REEPINGHEN, CH., Verslag over de Gerechtelijke Hervorming, Brussel 1964, deel I, 26. Om deze reden bleef trouwens ook een initiatief van de Benelux-studiecommissie tot eenmaking van het recht, om een eenvormige wet inzake arbitrage op te stellen, zonder gevolg (BOEHLE, T.P.R. 1973, 5).

(4) Wet 9 juli 1972, Belg. Staatsblad 8 augustus 1972, 8717-8736.

(5) Zie Parl. Besch. Kamer 1970-1971, nr. 988-1, 41-47.

(6) Ibidem, 2-3.

Europese rechtsstelsels opduiken.

4. Engeland

50. De Arbitration Act 1950 is de Engelse arbitragewet. In feite coördineert zij slechts vroegere arbitragewetten, o.a. de Arbitration Act 1889 en de Arbitration Act 1934 (1). De Arbitration Act 1889 vatte zelf een aantal bepalingen uit vroegere wetten samen ; de Common Law Procedure Act 1854, de Civil Procedure Act 1833 en de Arbitration Act 1698 (2).

Uit deze opeenvolgende coördinaties blijkt de traditie en de actualiteit van de Engelse arbitragewet. Zij is niet zo versteend als de Franse wet en niet zo bruusk gewijzigd als de Belgische. Zij is het resultaat van een geleidelijke aanpassing van vier eeuwen arbitragepraktijk. Het feit, dat Engeland een centrum is van transnationale arbitrage, bewijst dat de Engelse arbitragewet voor de arbitrage een goede hulp is.

De Engelse rechter is trouwens niet alleen de bevoegdende autoriteit die ingrijpt wanneer de arbitrage spaak loopt. Hij kan ook een actieve rol in de arbitrage spelen. De Administration of Justice Act 1970 voorziet uitdrukkelijk dat handelsrechters ook arbiter kunnen zijn. In dit geval is de rechterlijke controle, die de Arbitration Act voorziet, op enkele punten trouwens versoepeld.

Sinds 1975 vult de Arbitration Act 1975 de Arbitration Act 1950 aan inzake de tenuitvoerlegging van buitenlandse uitspraken.

B. Model van rechterlijke begeleiding en controle

51. Wanneer de consensus tussen de partijen nopens de arbitrale beslechting zoek raakt, zal één der partijen zich tot de rechter wenden.

(1) Zie evenwel RUSSELL, Arbitration, 2 noot 11 waaruit enkele minder belangrijke vernieuwingen van de Arbitration Act 1950 blijken.

(2) RUSSELL, Arbitration, 3.

Het is slechts vanaf dat moment dat de arbitragewet belangrijk wordt. De rechter zal immers onderzoeken of alles in de beslechting, die plaats greep in uitvoering van de contractuele verplichtingen door partijen en arbiter aangegaan, in orde is volgens de eisen die de arbitragewet aan de arbitrage stelt ; zo ja, zal de rechter de arbitrale beslechting verder naar haar resultaat begeleiden, zoals de arbitragewet het toelaat.

Echter reeds vooraleer de arbiters kennis namen van het geschil, kan een partij de hulp van de rechter inroepen om de arbitrale beslechting op gang te brengen (1). De rechter zal zijn hulp enkel verstrekken indien het akkoord tussen partijen, volgens de arbitragewet, een geldige overeenkomst tot arbitrage is (2).

Ook nadat de arbiters van de zaak kennis genomen hebben, blijft de rechter bevoegd om de partijen een eerlijke beslechting te waarborgen. Om een spoedige beslechting te garanderen schrijft de arbitragewet een termijn voor waarbinnen de arbiters hun uitspraak moeten vellen. Indien de arbiters deze termijn niet eerbiedigen, kan de rechter, op verzoek van een partij, de arbiters van hun opdracht ontheffen (3). Ook wegens onbevoegdheid of vooringenomenheid kan een arbiter trouwens door de rechter, op verzoek van één der partijen, gewraakt worden (4). Het kan ook voorkomen dat de arbiters nodig getuigen moeten verhoren, die evenwel weigeren voor hen te verschijnen of de eed af te leggen. De rechtbank kan dan dit getuigenverhoor

(1) Zie nr. 7.

(2) België : Ger. Wetb. : art. 1676-1678 ; 1688 ; Duitsland : Z.P.O. § 1025-1027 ; 1033 ; Frankrijk : Code proc. civ. : 1005-1006 ; Code civil : art. 2059-2061 ; Engeland : Arbitration Act 1950 : s. 2-3, 32.

(3) België : Ger. Wetb. : art. 1696, lid 4 ; 1968 ; Duitsland : Z.P.O. § 1033, I ; Frankrijk : Code proc. civ., art. 1007, 1012, 1028, lid 2 ; Engeland : Arbitration Act 1950, s. 13.

(4) België : Ger. Wetb. : art. 1680, 1689-1692 ; Duitsland : Z.P.O. § 1031-1032 ; Frankrijk : Code proc. civ. : art. 1014 ; Engeland : Arbitration Act 1950, s. 23.

vaak in de plaats van de arbiters verrichten (1).

Nadat de uitspraak geveld is, is het mogelijk dat de verliezende partij zich niet vrijwillig bij de beslissing wil neerleggen. De andere partij kan de rechter dan verzoeken om het exequatur te verlenen. Bekleed met dit exequatur kan de scheidsrechterlijke uitspraak met dwang tenuitvoer gelegd worden. Alvorens dit exequatur te verlenen, moet de rechter eerst de inhoud van de arbitrale beslissing en de gevolgde arbitrale procedure toetsen (2).

Anderzijds kan de onwillige partij de rechter vragen om de arbitrale uitspraak teniet te doen of hem verzoeken het verleende exequatur in te trekken. Maar ook dit kan slechts gebeuren nadat de rechter de arbitrale procedure en de inhoud der arbitrale uitspraak getoetst heeft (3).

Een eerste toetsingsgebied betreft de arbitrale procedure. In principe kunnen de partijen en arbiters weliswaar onderling overleggen hoe de arbitrale procedure zal verlopen. De arbitragewetten schrijven evenwel fundamentele procedureregels voor die de partijen een juiste beoordeling garanderen. Wanneer deze minimale regels door de arbiters niet gevolgd werden, kunnen de rechters de arbitrale beslissing nietig verklaren of het exequatur ervan weigeren wegens een tekortkoming in de arbitrale procedure (4). Een tweede toetsingsgebied betreft de inhoud der arbitrale beslissing. Het is enkel door deze tweede toetsing dat de arbitrale rechtsaanwending gecontroleerd wordt. Hoe dit gebeurt zal in het volgende hoofdstuk uiteen gezet worden.

- (1) België : Ger. Wetb. : art. 1696 ; Duitsland : Z.P.O. § 1035-1036 ; Engeland : Arbitration Act 1950, s. 12 (6).
- (2) België : Ger. Wetb. : art. 1710 ; Duitsland : Z.P.O. § 1042, I ; 1042 a ; Frankrijk : Code proc. civ. : art. 1020-1021 ; Engeland : Arbitration Act 1950, s. 26.
- (3) België : Ger. Wetb. : art. 1711-1714 ; 1704 ; Duitsland : Z.P.O. § 1041, 1042 c en d ; Frankrijk : Code Proc. civ., art. 1010, 1026-1028 ; Engeland : Arbitration Act 1950, s. 23, RUSSELL, Arbitration, 326. Zie SANDERS, Appeals Procedures in arbitration, International commercial arbitration, 112-129.
- (4) Bijv. België : Ger. Wetb. : art. 1693-1695, 1704, 2, g ; Duitsland : Z.P.O. § 1034, 1041, I, 3 en 4 ; Frankrijk : Code proc. civ. art. 1009, 1023, 1027, lid 1 ; Engeland : Arbitration Act 1950 s. 12 en 23.

HOOFDSTUK IV

RECHTERLIJKE TOETSING VAN DE ARBITRALE RECHTSAANWENDING

52. De arbitrale rechtsaanwending betreft alle normen die de arbiters toepassen. Soms beginnen de arbiters een arbitrage met hun eigen rechtsmacht en bevoegdheid te onderzoeken, indien hierover bij hen of bij een partij twijfel bestaat. Deze studie veronderstelt evenwel dat de arbiters hun rechtsmacht en bevoegdheid niet (meer) onderzoeken ; abstractie wordt bijgevolg gemaakt van de aanwending van normen inzake rechtsmacht en bevoegdheid. Hier wordt daarentegen wél nagegaan hoe de arbiters de normen vinden en aanwenden die nodig zijn om het geschil zelf te beslechten. Het is de rechterlijke toetsing van het aanwenden van deze normen door arbiters dat dit hoofdstuk wil toelichten.

Hoger werd aangetoond hoe de arbitragewetten een rechterlijke tussenkomst in alle stadia van de arbitrale beslechting mogelijk maken, wanneer de consensus der partijen in enig stadium ontbreekt. De rechter komt bijgevolg ook tussen indien de partijen niet akkoord gaan over de rechtsnormen die de arbiters ter beslechting aangewend hebben (§ 1). De arbitrage, waarvoor de arbitragewetten opgesteld werden, werd aanvankelijk als louter inlands aanzien : de partijen, de arbiters, de plaats waar de arbitrage plaats greep en deze waar de uitspraak tenuitvoer gebracht moest worden, waren allen in hetzelfde rechtsgebied gelocaliseerd (1). Slechts een halve eeuw geleden hebben de wetgevers aan de arbitragewet bepalingen toegevoegd inzake de rechterlijke bege-

(1) GENTINETTA, Befreiung der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit von der "nationalen Umklammerung" ?, AWD 1969, 46-54, 46 ; GENTINETTA, Lex fori, 216. Bij gebrek aan wettekst berustte de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse uitspraken op het gemeen recht (BERNARD, Arbitrage, nr. 745-750 ; ROBERT, Arbitrage, nr. 422-425 ; RUSSELL, Arbitration, 339-341 ; R.G. 10 december 1892 ; RGZ 30, 368 ; Int. Jhrb. Schw. I, 273).

leiding van de arbitrage, die in het buitenland plaats greep. Het is weliswaar niet steeds eenvoudig te weten wat als buitenlandse arbitrage aanzien moet worden (§ 2). Ook de rechterlijke begeleiding van dergelijke buitenlandse arbitrage zal evenwel een toetsing van de arbitrale rechtsaanwending inhouden (§ 3).

§ 1. Rechterlijke toetsing der inlandse arbitrage

53. Het is ondoenlijk in een kort bestek te beschrijven hoe de Belgische, Duitse, Franse en Engelse rechter de arbitrale uitspraak naar haar rechtsaanwending kan toetsen. De omstandigheid der toetsing, het voorwerp van de controle en de gevolgen van foute rechtsaanwending zullen immers telkens anders zijn. Slechts de hoofdlijnen worden gegeven. Bovendien zullen twee voorbeelden de toetsing voor elk dezer rechtssystemen illustreren.

VB. 1 :

Een tijdschriften-uitgeverij had aan een publiciteitsfirma een exclusief advertentie-recht verleend. Na tien jaren vernieuwde de uitgeverij de overeenkomst niet meer. De publiciteitsfirma eiste een uitwinningsvergoeding voor de door haar aangebrachte adverteerders, die aan het tijdschrift gehecht zouden blijven. Een dergelijke vergoeding was noch krachtens de wet, noch krachtens de rechtspraak, noch krachtens de tekst der overeenkomst verschuldigd. De overeenkomst bevatte een beding waardoor de Fédération Française de Publicité, waarvan enkel de publiciteitsfirma lid was, alle geschillen tussen partijen volgens de handelsgebruiken diende te arbitreran. De arbiters kenden de uitwinningsvergoeding toe. In feite bestond er tussen de leden van de Fédération een vage praktijk om een uitwinningsvergoeding voor aangevoren adverteerders te betalen wanneer een advertentie-overeenkomst beëindigd werd. In hun uitspraak toonden de arbiters evenwel niet aan dat deze praktijk als algemene rechtsgewoonte de betaling van schadevergoeding voor iedere beëindiging van een advertentie-overeenkomst verplicht maakte ; noch dat het als gebruik ook door niet-leden van de Fédération zoals de uitgeversmaatschappij, gevolgd werd en de overeenkomst aanvulde. Derhalve leken de arbiters geen rechtsgrond te hebben om de betaling van dergelijke schadevergoeding op te baseren (1). In

(1) Beroep Parijs 4 februari 1966, Rev. Arb. 1966, 27. In casu mag men negeren dat de arbiters de opdracht hadden om volgens de beroepsgebruiken te oordelen. Om beslechtingsnorm te zijn moeten deze beroepsgebruiken m.i. niet enkel bestaan in de schoot van de organisatie, die de arbitrage patroneert, doch ook als gebruik gelden in de overeenkomst.

welke mate kan de Belgische, Franse, Duitse en Engelse rechter dergelijke, bij veronderstelling interne, arbitrale uitspraak naar een foutieve rechtsaanwending toetsen ; en met welk gevolg ?

VB. 2 :

De Franse platenfirma, Pathé-Marconi, sloot een overeenkomst met de Poolse staatsonderneming Varimex, waardoor Pathé-Marconi het alleenrecht kreeg om platen van het jeugdfestival van Warschau op de markt te brengen. Alhoewel de tekst van de overeenkomst bepaalde dat Pathé-Marconi de royalties door bemiddeling van het Frans-Pools clearing instituut betalen moest, waren de partijen overeengekomen dat het bedrag een Poolse diplomaat te Parijs ter hand gesteld zou worden - een regeling die Varimex meer valuta op zou brengen dan een betaling tegen de officiële wisselkoers langs het clearing instituut. De ganse operatie liep evenwel spaak en beide partijen beschouwden de overeenkomst als verbroken. De vergoeding der schade moest echter nog geregeld worden. De arbiters oordeelden dat Pathé-Marconi de meeste schuld voor de verbreking trof en veroordeelden haar tot een betaling van zeven miljoen Franse franken. Pathé-Marconi weigerde deze som te betalen. Zij voerde voor de Franse rechter aan dat het betalingsbeding, bedoeld om de monetaire wetten en het Frans-Pools handelsverdrag te omzeilen, onbetwistbaar tegen de openbare orde indruisde. De nietigheid van dit beding had de nietigheid van de hele overeenkomst tot gevolg. De arbiter, zo beweerde zij, had de overeenkomst nietig moeten verklaren in plaats van haar geldigheid onrechtstreeks - door de betaling van een vergoeding wegens haar verbreking - te erkennen. Kan de Franse rechter de uitspraak raken omdat de arbiters een norm, die zij moesten aanwenden, niet toegepast hebben ; en hoe (1) ? Wat zou de bevoegdheid van de Belgische, Duitse en Engelse rechter zijn indien niet Frankrijk, maar het eigen land bij de zaak betrokken was ?

A. Frankrijk

1. Hervorming der uitspraak

54. Voor de ontwerpers van de Code de Procédure civile leek het meer belangrijk om de burgers tegen eventuele onkundigheid of partijdigheid van de arbiters te beschermen dan om het definitieve en binnenkamers karakter van de arbitrage veilig te stellen. In principe kan elke ar-

(1) Zie voor de feiten Beroep Parijs 8 maart 1960, J.C.P. 1962.II.12477; Rev. Arb. 1960, 129 en Beroep Parijs 9 januari 1962, Rev. Arb. 1962, 12 met noot ; J.C.P. 1962.II.12478.

bitrale uitspraak in beroep door de rechter gewijzigd worden (1). De rechter in beroep zal de beoordeling van de arbiters, en bijgevolg ook hun rechtsaanwending, moeten "overdoen". Indien hij zich bij de arbitrale uitspraak kan aansluiten, zal hij haar bevestigen ; indien hij meent dat zij in feite of in rechte fout is, zal hij haar wijzigen. Vandaar dat dit beroep "appel-réformation" genoemd wordt (2). Het "appel-réformation" is het enige rechtsmiddel waardoor de partijen zich rechtstreeks tegen een onjuiste toepassing der rechtsnormen vanwege de arbiter kunnen beschermen, zonder dat de arbitrale beslechting zelf vernietigd wordt en men van nul af aan met de beslechting van het geschil moet herbeginnen (3).

Het "appel-réformation" is evenwel van minder belang voor de arbitragetraktijk. Niet elke partij, die zich over een foute uitspraak bij de rechter beklagen wil, kan een "appel-réformation" instellen. Alhoewel de mogelijkheid van beroep de algemene regel is, voorziet de arbitragewet dat de partijen afstand van deze mogelijkheid kunnen doen (4). Van deze bevoegdheid maken de partijen zo vaak gebruik dat de veelvuldige afstand van beroep het algemeen principe van beroep verdringt (5). Bovendien eiste het Franse arbitragerecht tot voor kort dat een "appel-réformation" slechts ingesteld mocht worden tegen een uitspraak, die met een exequatur bekleed was (6). De reden hiervoor

-
- (1) Code Proc. civ. art. 1010. Voor de Franse revolutionairen diende de arbitrage het geschil definitief te beslechten : enkel indien de partijen de mogelijkheid van beroep vooraf in de overeenkomst tot arbitrage bedongen hadden, was beroep mogelijk (art. 4 Decreet 24 augustus 1790 ; Grondwet jaar 3, art. 211 ; BOUCHER, P. Manuel des arbitres ou Traité complet de l'arbitrage, Parijs 1807, 481-482).
 - (2) Om haar te onderscheiden van het "appel-nullité" waarover in 2. zal uitgeweid worden. Zie ROBERT, Arbitrage, nr. 235.
 - (3) Zie bijv. Beroep Parijs 4 november 1937, Dall. 1938, J., 8.
 - (4) Art. 1010 : "Les parties pourront, lors et depuis le compromis, renoncer à l'appel...".
 - (5) Zie ROBERT, Arbitrage, nr. 50-51. Zie tevens inzake de invloed van de "amiable composition" op het recht van beroep : nr. 135.
 - (6) Bijv. Cass. 22 december 1959, Dall. 1960, J., 685 met noot ROBERT ; Rev. Arb. 1960, 16.

was dat beroep slechts kan ingesteld worden tegen een beslissing met gezag van gewijsde ; die de arbitrale uitspraak enkel ten volle door het exequatur verkreeg (1). Een uitspraak van het Hof van Parijs van 1971 stelde weliswaar dat de uitspraak reeds ten volle gezag van gewijsde bezit van zodra zij gevelde is, zodat beroep vóór het exequatur mogelijk wordt (2). Het Hof van Cassatie vermeed dit te bevestigen (3). In 1974 herhaalde het Hof van Parijs dat beroep tegen een uitspraak geen voorafgaand exequatur vereist (4). Voorzover Franse rechtbanken aannemen dat een "appel-réformation" slechts ingesteld kan worden tegen een geëxecuteerde uitspraak, zullen de partijen hun bezwaren tegen de uitspraak eerder formuleren ter gelegenheid van de exequaturprocedure dan in een later-in-te-stellen "appel-réformation"-procedure. Ook om deze reden heeft de "appel-réformation" in het Franse recht weinig betekenis.

In VB. 1 waren de partijen overeengekomen het geschil te onderwerpen aan een "arbitrage définitif". Partijen hadden erover kunnen twisten of deze term beduidt dat een beroep tegen de uitspraak bij de rechter uitgesloten is ofwel enkel dat het geschil niet meer in tweede aanleg door arbiters beslecht kon worden. De tijdschriften-uitgeverij heeft niet het risico willen nemen om een vordering tot "appel-réformation" in te stellen, die kon afgewezen worden omdat zij van de mogelijkheid van beroep afstand had gedaan. Zij verkoos de foute rechtsaanwending aan de kaak te stellen in een procedure van verzet tegen het exequatur.

In VB. 2 waren Varimex en Pathé-Marconi ondubbelzinnig overeengekomen dat elk beroep tegen de arbitrale uitspraak uitgesloten was. Derhalve kon Pathé-Marconi geen "appel-réformation" instellen, maar moest zij op andere rechtsmiddelen een beroep doen.

-
- (1) Beroep Parijs 12 mei 1961, J.C.P. 1961.II.12329 aanvaardde weliswaar dat de uitspraak dadelijk het gezag van gewijsde bezat : men kon dit gezag evenwel slechts na het exequatur inroepen.
 - (2) Beroep Parijs 6 juli 1971, Dall. 1971,J.,614 ; J.C.P. 1972.II.16993 ; Rev. Arb. 1971, 119.
 - (3) Cass. 7 juni 1972, Dall. 1973, J., 73 ; Rev. Arb. 1974, 91 stelt enkel dat partijen contractueel kunnen bedingen dat beroep voor exequatur ingesteld kan worden.
 - (4) Beroep Parijs 24 mei 1974, Dall. 1974, J., 706 ; Rev. Arb. 1975, 246.

2. Nietigverklaring van de uitspraak

55. Drie rechtsmiddelen kunnen aangestipt worden waarop de rechter kan steunen om een arbitrale uitspraak bij foute rechtsaanwending nietig te verklaren.

56. De arbiters kunnen door een foute rechtsaanwending buiten de grenzen treden die de overeenkomst tot arbitrage en de arbitrage-overeenkomst voor hen uitgestippeld hebben. Indien de partijen de arbiter geen bevoegdheid verleend hebben om naar billijkheid te oordelen, overschrijdt de arbiter zijn bevoegdheid wanneer hij niet in rechte, maar naar billijkheid oordeelt. De rechter kan de arbitrale uitspraak dan nietig verklaren omdat de arbiter buiten de termen van de overeenkomst tot arbitrage en van de arbitrage-overeenkomst oordeelde (1).

Het geschil tussen de uitgever en de publiciteitsfirma moest beslecht worden volgens de termen van de overeenkomst en de handelsgebruiken. De arbiters van de Fédération Française de Publicité kenden de publiciteitsfirma een uitwinningvergoeding voor aangebrachte adverteerders toe, alhoewel de overeenkomst of de wet dergelijke vergoeding niet voorzag. De arbiters konden de vergoeding derhalve enkel toegekend hebben omdat een gebruik zo voorschreef. In hun uitspraak hadden zij evenwel het bestaan van een dergelijk gebruik of gewoonte niet vermeld. Bijgevolg, zo oordeelden de rechters, hadden de arbiters niet in rechte geoordeeld. Zij hadden echter geen bevoegdheid om naar billijkheid te oordelen. Bijgevolg, zo de rechters, overschreden de arbiters hun bevoegdheid en was de uitspraak om deze reden vernietigbaar (2). (Wellicht hadden de rechters de uitspraak ook wegens gebrek aan motivering kunnen aanvallen) (3).

57. De arbiters kunnen bovendien een uitspraak vellen die indruist tegen de essentiële principes van het Franse rechtssysteem, die er bekend staan als de normen van openbare orde. Het zou te ver leiden aan

(1) Zie nr. 41. Code proc. civ., art. 1028" ... 1° Si le jugement a été rendu hors des termes du compromis ... Dans tous les cas, les parties se pourvoieront par opposition à l'ordonnance d'exécution ... et demanderont la nullité de l'acte qualifié jugement arbitral.

(2) Beroep Parijs 4 februari 1966, Rev. Arb. 1966, 27.

(3) Zie nr. 30-32.

Voor de beslechting van een geschil inzake een overeenkomst, die de internationale handel aanbelangt, zou de overeenkomst tot arbitrage, daarentegen niet nietig worden omdat het geschil de openbare orde raakt (1). Bijgevolg lijkt deze nietigheidsgrond minder belangrijk bij de internationale handelsarbitrage, het voorwerp van deze studie, vermits de overeenkomsten, die deze arbitrage beslecht, de internationale handel aanbelangen.

59. Het is anderzijds mogelijk dat de overeenkomst tot arbitrage geen geschil vermeldt waarvan de beslechting een norm van openbare orde veronderstelt, zodat deze overeenkomst geldig is ; doch dat de rechtsaanwending niettemin tegen de openbare orde indruist. In deze hypothese is het verzet tegen het bevelschrift tot tenuitvoerlegging, dat slechts in omschreven omstandigheden gedaan kan worden, uitgesloten. Indien de partijen van de mogelijkheid tot beroep niet afzagen, kan de rechter de uitspraak in beroep weliswaar steeds hervormen. Meestal verzaakten de partijen echter aan dit recht op beroep. Ondanks deze afstand - zo oordeelde de Franse rechter - moet het voor een partij toch mogelijk zijn om beroep aan te tekenen tegen een uitspraak, die tegen de openbare orde indruist. Het beroep, niettegenstaande de afstand van de partijen, zou toch openstaan omdat de partijen niet kunnen verzaken aan een door de wet ingevoerde recht van beroep wanneer de arbitrale uitspraak de openbare orde schendt (2). Dit beroep verschilt evenwel van het reeds vermelde "appel-réformation", doordat hier de rechter de uitspraak niet mag hervormen, doch haar enkel nietig kan verklaren. Vandaar dat men deze vorm van beroep "appel-nullité" noemt. Bovendien is dit beroep slechts toegestaan indien de arbitrale uitspraak tegen de openbare orde indruist ,

(1) Zie bijv. Beroep Parijs 20 juni 1969, Clunet 1971, 118 met noot OPPETIT ; R.C.D.I.P. 1969, 738 met noot MEZGIER ; Rev. Arb. 1969, 95. Tevens nr. 95.

(2) ROBERT, Arbitrage, nr. 235.

maar de overeenkomst tot arbitrage geldig gesloten werd (1). In geen geval is het vereist dat de uitspraak geëxecuteerd is om een "appel-nullité" te kunnen instellen (2).

Pathé-Marconi stelde het "appel-nullité" in. De rechters oordeelden echter dat een "appel-nullité" niet mogelijk was omdat de overeenkomst tot arbitrage nietig was (3). Deze overeenkomst zou immers nietig zijn omdat het te arbitreren geschil de interpretatie en aanwending van een norm van openbare orde, nl. de Franse wisselreglementering, veronderstelde. Hierop stelde Pathé-Marconi een vordering in tot nietigverklaring van de arbitrale uitspraak wegens nietige overeenkomst tot arbitrage. Varimex beweerde dat het lot van de betalingsclausule, nietig volgens de Franse wisselreglementering, irrelevant was omdat het geschil, dat schadevergoeding voor niet-uitvoering van de overeenkomst betrof, zich situeerde vooraleer enige betaling plaats had. Van bij de aanvang af hadden de partijen - zo oordeelde de rechter - echter de bedoeling gehad om de clearing te vermijden ; de meerwaarde aan reële valuta, die Varimex zo verkreeg had trouwens een invloed op de prijs der transactie gehad. Bijgevolg was de betalingsclausule een essentieel deel van de overeenkomst. De rechter kwam tot het besluit dat het beding waarbij de betaling niet door bemiddeling van het Frans-Pools clearingsinstituut, doch van hand tot hand diende te geschieden, geen betalingsmodaliteit betrof, maar in-

-
- (1) Zie bijvoorbeeld Beroep Parijs 10 november 1964, Rev. Arb. 1965, 50 ; J.C.P. 1966.II.14625 (indien de arbiters de partijen niet voldoende toelaten zich te verdedigen). Beroep Parijs 29 november 1968, Rev. Arb. 1970, 12 (indien de arbiters niet ingaan op de bewering van één der partijen dat de verkoper bedrog pleegde in de geleverde zaak). Beroep Parijs 19 december 1972, Rev. Arb. 1973, 173, met noot LOQUIN (indien de arbiters de termen van de overeenkomst, die zij moeten beoordelen, "denatureren" ; in casu werd in de overeenkomst bedongen dat Spaanse aardappelen enkel door douaneambtenaren aan de Spaans-Franse grens mochten afgekeurd worden. Hieruit zou volgen dat de aardappelen bijgevolg aanvaard waren omdat zij door de douane-controle in Marseille afgekeurd werden. Zie tevens VIATTE, J. La dénaturation est-elle une cause de nullité des sentences arbitrales ? Gaz. Pal. 1974-2 Doctr. p. 979-980).
 - (2) Zie bijv. Beroep Parijs 15 december 1972, Rev. Arb. 1973, 98 ; Beroep Parijs 29 mei 1973, Rev. Arb. 1973, 182 ; Beroep Parijs 18 juni 1974, Rev. Arb. 1975, 183 ; Beroep Parijs 12 juli 1974, Rev. Arb. 1975, 196.
 - (3) Beroep Parijs 8 maart 1960, J.C.P. 1962.II.12477 ; Rev. Arb. 1960, 129.

tegendeel een essentieel element van de overeenkomst uitmaakte (ook al hadden de arbiters het tegendeel beweerd). Vermits de betaling een essentieel deel van de overeenkomst was, zou de nietigheid van dit beding de nietigheid van de ganse overeenkomst tot gevolg hebben. Voor een inbreuk tegen wat in een nietige overeenkomst beloofd werd, konden de arbiters geen schadevergoeding toekennen. Bijgevolg moesten de arbiters - volgens de rechter - om te kunnen oordelen of zij schadevergoeding zouden toekennen, nagaan of de wisselreglementering het betalingsbeding - en alzo de overeenkomst - niet nietig maakte. Omdat de arbiters aldus een norm van openbare orde diende te interpreteren en aan te wenden, was het hen voorgelegde geschil niet arbitreerbaar. De uitspraak werd dan ook nietigverklaard bij gebrek aan geldige overeenkomst tot arbitrage (1).

3. Weigering van exequatur

60. Terloops kan ook aangestipt worden dat de rechter, bij het verlenen van het exequatur, ambtshalve moet nagaan of de arbitrale uitspraak niet indruist tegen de openbare orde ; anders moet hij het exequatur weigeren (2). Het exequatur wordt evenwel verleend na een procedure waarin de partij, tegen wie het exequatur gevraagd wordt, niet tussenkomt. De verzoeker zal er zich voor hoeden om de rechter gegevens voor te leggen, die op een schending van de openbare orde zouden duiden. Derhalve zal de controle van de rechter uiteraard beperkt zijn tot wat uit de uitspraak zelf blijkt.

B. België

61. De nieuwe arbitragewet laat de rechter niet toe de arbitrale uitspraak in beroep te hervormen. Hij kan haar enkel vernietigen. Tevens kan hij de uitspraak laten bestaan, maar haar het exequatur of het gezag van gewijsde ontfagen.

1. Nietigverklaring van de arbitrale uitspraak

62. De arbiters kunnen, zoals naar Frans recht, van de partijen de

(1) Beroep Parijs 9 januari 1962, J.C.P. 1962 II. 12478 ; Rev. Arb. 1962, 12.

(2) ROBERT, Arbitrage, nr. 230, p. 286-287.

toelating krijgen om niet naar recht, doch enkel naar billijkheid te oordelen (1). Een arbiter, die evenwel enkel naar billijkheid beslecht zonder dat de partijen hem de bevoegdheid verleenden om de aanwendbare rechtsnormen terzijde te stellen, overschrijdt zijn bevoegdheid. De arbitrale uitspraak is om deze reden vernietigbaar (2).

Veronderstel dat het geschil van VB. 1 tussen de uitgeverij en de publiciteitsfirma, en dat haar arbitrale beslechting, zich in België situeerden. De uitgever zou dan ook voor de Belgische rechter de nietigverklaring van de uitspraak kunnen aanvragen omdat de arbiters, buiten hun bevoegdheid, niet naar recht, doch louter naar billijkheid een uitwinningsvergoeding toekenden. De Belgische rechter stelt immers dat de verplichting om in rechte te oordelen de bevoegdheid der arbiters, om naar billijkheid te beslechten, uitsluit. Indien arbiters, die niet naar billijkheid mogen oordelen, laten blijken dat zij de rechtsregels terzijde stellen, is hun uitspraak vernietigbaar wegens bevoegdheidsoverschrijding. Zolang deze arbiters daarentegen duidelijk maken dat het hun bedoeling is rechtsnormen toe te passen, oordelen zij in rechte. Wegens het verkeerde toepassen van rechtsnormen kan hun uitspraak dan niet nietig verklaard worden (3). Een andere reden moet hiervoor aanwezig zijn. In casu zou het voor de uitgever moeilijk zijn om te bewijzen dat de arbiters werkelijk de bedoeling hadden niet in rechte te oordelen. De uitspraak toont niet aan dat zij verder gingen dan een enigszins bestaande praktijk om een uitwinningsvergoeding te betalen verkeerdelijk als aan te wenden rechtsnorm aan te zien. Tenzij in gevallen waar arbiters uitdrukkelijk zelf verklaard hebben dat zij enkel naar billijkheid oordelen - waar de partijen hen enkel toelieten in rechte te beslissen - mag de bevoegdheidsoverschrijding m.i. niet tot de nietigheid van de arbitrale uitspraak leiden.

63. Voor geschillen, zoals inzake een vroegtijdige ontbinding van de vennootschap of een bevrachtingsovereenkomst, moet de overeenkomst tot arbitrage, op straffe van nietigheid, bedingen dat de arbiters respectievelijk in rechte of in overeenstemming met art. 91 van de zeewet zullen beslissen (4).

(1) Ger. Wetb., art. 1700.

(2) Ger. Wetb., art. 1704, lid 2, d.

(3) Beroep Brussel 30 december 1969, Pas. 1970, II, 73.

(4) - Ontbinding van vennootschap : Beroep Brussel 15 oktober 1971, Rev. prat. soc. 1972, 217 met noot COPPENS ; R.W. 1971-1972, 664 ; Cass. 2 februari 1973, J.T. 1973, 421 ; Pas. 1973, I, 529 ; R.C.J.B. 1975, 394 met noot LINSMEAU-VAN GELDER.
- Art. 91 zeewet : Kph. Antwerpen 1 oktober 1966, Jur. Anv. 1967, 237.

64. Tenslotte kan een partij de rechter om de nietigverklaring der uitspraak verzoeken omdat de uitspraak, ook al mochten de arbiters het geschil beslechten, o.m. wegens foute rechtsaanwending indruist tegen de openbare orde. Niet elke foute rechtsaanwending heeft evenwel dit gevolg (1). De rechter, die de uitspraak naar de openbare orde toetst, zal immers niet de rechtsaanwending zelf controleren ; hij zal enkel nagaan of het resultaat van de beslechting aanvaardbaar is. Slechts indien de uitspraak indruist tegen een norm, die vitaal is voor de "essentiële belangen van de staat of van de gemeenschap" of waarop "de economische of morele orde van de maatschappij steunt", druist zij in tegen de openbare orde en kan zij om die reden nietig verklaard worden (2).

Naar het vroegere Belgische recht zou - zoals naar het huidige Franse recht - de arbitrale uitspraak van VB. 2 wegens een ongeldige overeenkomst tot arbitrage nietig zijn (3). Het geschil raakt immers de openbare orde vermits de beslechting de aanwending van een norm van openbare orde vergt. Het huidige Belgische arbitragerecht verklaart de overeenkomst tot arbitrage evenwel niet ongeldig omdat de beslechting van het geschil de interpretatie van een regel van openbare orde

-
- (1) Zie bijv. Beroep Gent 5 mei 1927, Belg. Jud. 1928, 298 ; Rb. Brussel 28 januari 1967, Pas. 1967, III, 79 ; Beroep Brussel 30 december 1969, Pas. 1970, II, 73.
- (2) Zie Cass. 9 december 1948, Pas. 1948, I, 699 ; VAN GERVEN, W., Algemeen deel, Beginselen van het Belgisch Privaatrecht, Antwerpen 1969, 79-83. Wegens de contractuele grondslag der arbitrage kan men stellen dat de partijen er zich niet toe kunnen verbinden een uitspraak na te leven die tegen de Belgische openbare orde indruist (B.W. art. 6). Zelfs al ziet men in de arbitrale uitspraak een vonnis, dat door de rechter erkend moet worden, kan men, m.i., niet poneren dat de uitspraak slechts niet mag indruisen tegen de (beperkttere) "internationaal privaatrechtelijke openbare orde", welke geldt in het internationaal privaatrecht als hinderpaal voor de toepassing van het aan te wenden vreemde recht of als toets voor de erkenning van een buitenlands vonnis. (Zie hierover Cass. 4 mei 1950, R.W. 1950-51, 11 ; Pas. 1950, I, 624 ; VAN HOUTTE, H., De openbare orde als beletsel voor de erkenning of tenuitvoerlegging van buitenlandse vonnissen, R.W. 1973-1974, 737-762.)
- (3) Zie Luik 16 februari 1955, Jur. Liège 1954-1955, 237 ; Kph. Antwerpen 7 oktober 1953, Jur. Anv. 1954, 3. Doch het verbod leek minder strikt toegepast dan in Frankrijk : Kph. Antwerpen 16 september 1960, Jur. Anv. 1961, 75.

veronderstelt. Naar Belgisch recht kunnen Pathé-Marconi en Varimex een dading over de niet-uitvoering van hun overeenkomst aangaan (1). Bijgevolg bestaat er naar huidig Belgisch recht geen reden om de overeenkomst tot arbitrage tussen beiden nietig te laten verklaren. Anderzijds zou een uitspraak, die schadevergoeding toekende voor het niet-uitvoeren van een overeenkomst, welke de monetaire ordening omzeilde, zelf de "economische orde van de maatschappij" aantasten en aldus tegen de openbare orde indruisen. Derhalve zou een Belgische rechter een arbitrale uitspraak, zoals deze van VB. 2, nietig verklaren, omdat zij strijdig is met de openbare orde.

2. Weigering van het gezag van gewijsde of het exequatur

65. Een partij kan de rechter verzoeken de arbitrale uitspraak uitvoerbaar te verklaren. De rechter moet de uitspraak dan ambtshalve toetsen ; hij zal haar tenuitvoerlegging weigeren indien de uitspraak of haar tenuitvoerlegging tegen de openbare orde zou indruisen (2). De toetsing naar de openbare orde kan evenwel minder grondig doorgevoerd worden, vermits zij geschiedt zonder dat de partij, tegen wie de tenuitvoerlegging verzocht wordt, gehoord wordt over haar bezwaren tegen de uitspraak.

Een partij, tegen wie het exequatur verleend werd, kan de rechter verzoeken om de uitspraak nietig te verklaren (en niet om slechts het exequatur terug te trekken) (3). Bij deze gelegenheid, onder 1. beschreven, wordt de uitspraak op tegenspraak grondiger getoetst naar strijdigheid met de openbare orde.

C. Duitsland

66. Ook de Duitse arbitragewet laat de rechter niet toe de arbitrale uitspraak wegens foute rechtsvinding te hervormen (4). De rechter

(1) nr. 35.

(2) Ger. Wetb. art. 1710, lid 3.

(3) Ger. Wetb., art. 1712-1713.

(4) Een overeenkomst tot arbitrage, waarbij de partijen zouden be-
dingen dat beroep tegen de uitspraak bij de rechter openstaat,
is nietig. Elke uitspraak, die uit deze overeenkomst volgt, is
vernietigbaar, ook al maken de partijen van de mogelijkheid om be-
roep in te stellen geen gebruik (BGH 23 mei 1960, NJW 1960, 1462).
Zie evenwel ENDEL, Anfechtbarkeit des Scheidsurteils, 79-98, die
een beperkte mogelijkheid van beroep verdedigt.

kan de uitspraak enkel "aufheben" (nietig verklaren) of haar erkenning weigeren wanneer een rechtsnorm van openbare orde over het hoofd werd gezien (1). Een arbiter, die opzettelijk het recht fout aanwendt om een partij te bevoordelen of te benadelen, is daarenboven strafbaar (2).

1. Nietigverklaring van de arbitrale uitspraak

67. Het arbitragerecht schrijft de arbiters voor naar recht te oordelen indien de partijen hen niet opdroegen naar billijkheid te beslechten. Een uitspraak van arbiters, die zonder opdracht van de partijen enkel naar billijkheid oordeelden, is evenwel slechts vernietigbaar op voorwaarde dat de partijen uitdrukkelijk bedongen dat de arbiters in rechte moesten beslechten. De uitspraak wordt dan vernietigbaar omdat de arbiters niet de procedure gevolgd hebben die de partijen voor hen hadden uitgestippeld (3).

De arbiters van de Fédération Française de la Publicité van VB 1 moesten krachtens de arbitrage-overeenkomst oordelen volgens de handelsgebruiken. Veronderstellen wij dat het geschil en de arbitrage in Duitsland gesitueerd waren. Indien de uitgeverij kon aantonen dat het beding, volgens de handelsgebruiken te oordelen, beduidt dat de arbiters in rechte moesten beslechten, en dat de schadevergoeding niet in rechte verschuldigd was, zou zij de uitspraak eventueel op deze grond kunnen laten nietig verklaren door een Duitse rechter.

68. Een arbitrale uitspraak kan strijdig zijn met de goede zeden of de openbare orde. In dit geval kan de rechter haar nietig verklaren (4). Het volstaat echter niet dat de arbiters een aan te wenden rechtsnorm over het hoofd zagen (5). Het volstaat zelfs niet dat de uit-

(1) Zie bijv. ALTENMÜLLER, Zur materiellen Überprüfung von Schiedsprüchen, KTS 1974, 150-160.

(2) Strafgesetzbuch, § 336.

(3) BAUMBACH-SCHWAB, Schiedsgerichtsbarkeit, 182.

(4) Z.P.O. § 1041 I, 2.

(5) "Dem ordentlichen Gericht steht eine Nachprüfung der Schiedsgerichtlichen Entscheidung auf ihre Richtigkeit nicht zu. Die Feststellung des Sachverhalts, die Auslegung des Inhalts und der Tragweite vertraglicher Bestimmungen und die Rechtsanwendung in Ansehung der Rechte und Pflichten, die sich aus dem Vertrag für die Beteiligten ergeben, ist ausschliesslich Sache des Schiedsgerichts."

spraak duidelijk onrechtvaardig is (1). Zij moet werkelijk tegen de goede zeden of de openbare orde indruisen. Een uitspraak druist in tegen de goede zeden wanneer zij niet strookt met wat rechtvaardige en billijke lieden nog betamelijk vinden (2) ; zij is daarentegen strijdig met de openbare orde wanneer zij indruist tegen wat de wetgever uit politiek, sociaal of economisch oogpunt als essentieel voor de gemeenschap aanziet (3).

.../...

(Geciteerd door ALTENMULLER, KTS 1974, 151.) Zie bijv. BGH 12 mei 1958, BGHZ 27, 249 ; BB 1958, 750 ; MDR 1958, 682 ; BGH 27 februari 1964, KTS 1964, 172 ; MDR 1964, 590 ; Betrieb 1964, 801 ; AWD 1964, 193.

- (1) BAUMBACH-SCHWAB, Schiedsgerichtsbarkeit, 182.
- (2) BAUMBACH-SCHWAB, Schiedsgerichtsbarkeit, nemen het criterium over door het Reichsgericht voor de herroepbaarheid van de dading ontwikkeld (RG 15 oktober 1912, RGZ 80, 221) voor de nietigverklaring van de arbitrale uitspraak. De termen "openbare orde en goede zeden" waren vreemd aan het Duitse recht, maar moesten in de arbitragewet ingeschakeld worden n.a.v. Duitsland's toetreden tot het Protocol en Verdrag van Genève (zie nr. 6). Zie tevens PALANDT, Bürgerliches Gesetzbuch, § 138, 1 waar het begrip "gute Sitten" verduidelijkt wordt. Ook de Duitse rechter knoopt de voorwaarde, dat de uitspraak niet tegen de goeden zeden mag indruisen, vast aan het verbintenissenrecht : de uitspraak druist tegen de goede zeden in, indien haar inhoud niet in een overeenkomst afgesproken zou kunnen worden (OLG Stuttgart 12 juli 1956, BB 1957, 379).
- (3) Zie bijvoorbeeld BGH 10 oktober 1956, BGHZ 22, 24, BGH 12 mei 1958, BGHZ 27, 249 ; NJW 1958, 1538 ; KTS 1958, 138, MDR 1958, 682, BB 1958, 750. Vooral nog lijkt er in de Duitse rechtspraak en rechtsleer geen onderscheid gemaakt te worden tussen de openbare orde en goede zeden die door een inlandse arbitrale uitspraak kunnen geschonden worden, en deze waartegen een buitenlandse uitspraak indruist. Bijv. KORNBLUM, Grenzfragen des Ordre Public in der privaten Schiedsgerichtsbarkeit, KTS 1958, 156. (Contra evenwel ALTENMULLER, Zur materiellrechtlichen Überprüfung von Schiedssprüchen, KTS 1974, 155-157 ; SCHLOSSER, Schiedsgerichtsbarkeit, 750 ; von HEYMANN, Der ordre public, 155-157 ; zie tevens 49-67 voorbeelden uit de rechtspraak inzake de toetsing van uitspraken naar de openbare orde bij foute rechtsaanwending.) Belangrijk is in de Duitse rechtspraak de toetsing naar de openbare orde van arbitrale uitspraken, die normen van het Europees en Duits kartel-recht aangevend hebben. Een uitgebreide literatuur bespreekt de rechterlijke controle over dergelijke arbitrale uitspraken : zie bijv. ALTENMULLER, Die Schiedsrichterliche Entscheidung kartellrechtlicher Streitigkeiten, 231-297. Het Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) beperkt evenwel enigszins de mogelijkheid voor kartel-arbitrage (ALTENMULLER, o.c., 21-50). Het Duitse recht komt in een rechtsvergelijkend perspectief aan bod in von HULSEN, Die Zulässigkeit von Schiedsverfahren in Kartellsachen in den Vereinigten Staaten und Europa, 36 RabelsZ. 1971, 133-134.

De juistheid der uitspraak in VB. 1 kan onder juristen bediscussieerd worden ; de doorsnee-burger zal het evenwel niet "onbetamelijk" vinden dat een arbiter een uitwinningsvergoeding toekent wanneer een handelsrelatie beëindigd wordt. Waarschijnlijk zal deze doorsnee-burger ook accepteren dat de arbiters in VB. 2 Varimex schadevergoeding toekenden voor de overeenkomst die vooral door het toedoen van Pathé-Marconi niet uitgevoerd werd. Derhalve lijkt het aanvaardbaar dat naar Duits recht de uitspraken niet tegen de goede zeden indruisen ; geen nietigverklaring zou op deze grond verkregen kunnen worden.

Anderzijds zou Pathé-Marconi wel een goede kans maken - indien de casus in Duitsland gesitueerd was - voor een nietigverklaring van de uitspraak in VB. 2 wegens schending van de openbare orde. De monetair wetgeving, die door de overeenkomst ontboden werd, kan immers als essentieel voor de gemeenschap beschouwd worden.

Het is evenwel weinig waarschijnlijk dat de uitspraak van VB. 1, waardoor de uitwinningsvergoeding toegekend werd, tegen de Duitse openbare orde indruist, en om deze reden vernietigbaar is.

2. Weigering van het exequatur

69. In Duitsland beoordeelt de rechter de uitvoerbaarverklaring van een arbitrale uitspraak na tegenspraak tussen de partijen (1). De partij, tegen wie de tenuitvoerlegging gevorderd wordt, kan de rechter om de weigering van het exequatur verzoeken, o.a. wat de foute rechtsaanwending betreft omdat de uitspraak indruist tegen de goede zeden of openbare orde (2). De rechterlijke controle, die op tegenspraak geschiedt, zal uiteraard, door het toedoen van de verweerder, grondiger kunnen geschieden dan de toetsing, die de Franse en Belgische rechter bij de toekenning van het exequatur alleen en zonder hulp van de tegenpartij moet uitvoeren.

D. Engeland

70. In het Franse, Belgische en Duitse recht staat de rechter "buiten" de arbitrale beslechting. Hij kan de arbitrale rechtsaanwending slechts toetsen nadat de arbiters een uitspraak geveld hebben. De

(1) Z.P.O. § 1042 a I 1.d.

(2) Z.P.O. § 767; RG 23 juli 1935, RGZ 148, 270. BAUMBACH, A., e.a., Zivilprozessordnung, München 1974, § 767, 1) c.

rechter, die de arbitrage uitspraak onjuist vindt, denkt er anderszijds niet aan haar ter correctie over te maken aan de arbiters. Dit is niet zo in Engeland, het deel van Groot-Britannië waar het Engelse recht geldt. Tussen de Engelse rechter en de Engelse arbiters heerst een uitgesproken geest van samenwerking (1). Tijdens de arbitrale beslechting komt de Engelse rechter veelal tussen om de arbiters te helpen bij de rechtsaanwending. Wanneer de rechter de arbitrale rechtsaanwending moet toetsen van een uitspraak die definitief gevelde is, zal hij de uitspraak, die hem onjuist lijkt, meestal met de nodige richtlijnen ter correctie aan de arbiters terugsturen.

1. De "Special case"

71. De sterkte van arbiters bestaat vooral uit hun vertrouwdeheid met de feitelijke elementen en het klimaat van het geschil ; arbiters, - meestal niet-juristen -, zijn evenwel veelal niet de aangewezen personen om rechtsvragen op te lossen (2). De Engelse arbitragewet geeft de arbiters derhalve de mogelijkheid om bij de High Court raad te vragen over de juridische aspecten van het geschil dat zij moeten beslechten (3). De arbiters stellen dit Hof dan één of meerdere

-
- (1) Zie KERR, The English courts and arbitration, in International commercial arbitration, 199-237 ; "There is now a close relationship and co-operation between specialist arbitration tribunals and the Courts, in particular the Commercial Court. This is also shown by the fact that probably more than half of the work of the Commercial Court arises out of references to arbitration", Halfdan Greig & Co. A/S v. Sterling Coal and Navigation Corporation and A.C. Heleman's Handels- en Transportonderneming, "The Lysland", (1973) 1 Lloyd's Rep. 296, 303.
 - (2) Zie bijv. Fairclough Dodd Ltd. v. Vantol Ltd. (1957) 1 W.L.R. 136, 137 en 144 ; Peter Cassidy Seed Ltd. v. Osuustukkukauppa I.L. (nr. 2), (1957) 1 W.L.R. 273, 279 ; Re Phoenix Timber Co. Ltd's Application, (1958) 2 Q.B. 1, 5. Voor SCHMITTHOFF, C., The Export-Trade, London 1969, 346, zouden slechts geschillen over feiten, of waar naast rechtsvragen feitelijke elementen betwist zijn, aan arbitrage mogen onderworpen worden.
 - (3) Indien een rechter van een Commercial Court als arbiter zetelt is evenwel de Court of Appeal bevoegd om de special case te kennen (Administration of Justice Act 1970, s. 3 (9)).

rechtsvragen in de vorm van een "special case". Zij "state a case" ; het Hof moet deze "case stated" beantwoorden (1). De mogelijkheid voor het Hof om door een "special case" de arbitrale rechtsvinding en -aanwending te begeleiden, is essentieel voor de Engelse arbitrage. De partijen kunnen door overeenkomst de "special case" niet uitsluiten (2).

De "special case" betreft enkel rechtsvragen ; vragen betreffende feiten kunnen niet als "special case" aan het Hof voorgelegd worden. Daar buitenlandse rechtsnormen naar Engels recht als feiten beschouwd worden, is een vraag inzake buitenlands recht een vraag nopens feiten en geen rechtsvraag ; bijgevolg is een "special case" hierover uitgesloten (3).

De arbiters kunnen het Hof ambtshalve een "special case" voorleggen. Zij kunnen dit tevens doen op verzoek van de partijen. De arbiters moeten evenwel niet steeds gevolg geven aan dergelijk verzoek. Arbiters, die een "special case" weigeren, moeten de partijen echter de mogelijkheid bieden om het Hof te vragen de arbiters te bevelen de "special case" aan het Hof voor te leggen (4). Arbiters zullen bijv. een "special case" weigeren wanneer de feiten niet betwist zijn en het geschil, dat hen voorgelegd werd, in feite enkel rond de interpretatie en de aanwending van een rechtsnorm draait. Met het antwoord op de rechtsvraag is het geschil dan volledig beslecht. Door de rechtsvraag aan het Hof te stellen, zouden de arbiters hun taak om het geschil te beslechten integraal - en dit tegen de wil der partijen in -

(1) Arbitration Act (1950), s. 21.

(2) Czarnikow v. Roth, Schmidt & Co., (1922) 2 K.B. 478. Zie tevens "Conference of Users of the Commercial Court, Report (1962)", Command Paper nr. 1616, February 1962, § 30.

(3) Zie Prodexport v. E.D. & F. Man Ltd., (1972) 2 Lloyd's Rep. 375, 381. Tevens LANDOLT, Rechtsanwendung oder Billigkeitentscheid, 80.

(4) Zie Re Palmer & Co and Hosken & Co, (1898) 1 Q.B. 131 ; Czarnikow v. Roth Schmidt & Co, (1922) 2 K.B. 478. Zie tevens FAURE, 15 I.C.L.Q. (1966), 740-741.

aan het Hof doorgeven (1). In dit geval zou het Hof weigeren de arbiters tot een "special case" te dwingen : vermits anders de arbitrale beslechting - tegen de wil van partijen in - door een rechterlijke vervangen wordt (2).

De arbiters kunnen ook een "special case" weigeren omdat zij menen dat deze enkel gevraagd werd om de beslechting te vertragen (3). Wanneer de rechtsvragen, die in de "special case" gesteld zouden worden, daarentegen relevant blijken en de beslechting door de "special case" niet aanmerkelijk vertraagd wordt, zou het Hof de arbiters wel tot het voorleggen van een "special case" kunnen dwingen (4).

72. De arbiters kunnen in drie stadia van de arbitrale beslechting een "special case" voorleggen (5). Zij kunnen er hoegenaamd geen idee van hebben hoe zij een rechtsvraag moeten beantwoorden. Zij vragen het Hof dan om raad ("consultatieve case"). Aan de hand van het antwoord, dat zij op hun vraag kregen, vellen zij hun uitspraak (6).

-
- (1) Zie bijv. Kelantan v. Duff Development Co. Ltd., (1923) A.C. 395, 409.
 - (2) Zie bijv. Re Canadian Line Materials, Dominion Cutout Co. and Southern States Equipment Corporation, (1960) 22 D.L.R. (2d) 741.
 - (3) Zie Giacomo Costa Fu-Andrea v. British-Italian Trading Co., (1962) 2 All. E.R. 53.
 - (4) Zie bijv. Halfdan Greig & Co. A/S v. Sterling Coal and Navigation Corporation and A.C. Neleman's Handels- en Transportonderneming, "The Lysland", (1973) 1 Lloyd's s. Rep. 296. Deze uitspraak herroept trouwens de opvatting van de lagere rechter dat een "special case" geweigerd kon worden indien o.a. (a) de arbiters kundig zijn om het geschil te beslechten ; (b) de beslechting dient te gebeuren volgens de gebruiken van een specifieke bedrijfstak of handel, waarmee de arbiters vertrouwd zijn ; (c) het antwoord op de vraag geen consultatie van precedents, wetten en auteurs vereist ; (d) de uitspraak geen uitgesproken waarde als precedent zou verkrijgen.
 - (5) RUSSELL, Arbitration, 244-245.
 - (6) Zie bijv. Re Knight & Tabernacle Permanent Benefit Building Society (1892) 2 Q.B. 613 ; Fidelitas Shipping Co. Ltd. v. V/O Exportchleb, (1966) 1 Q.B. 630 ; Aktiebolaget Gotaverken v. Westminster Corporation of Monrovia, (1971) 2 Lloyd's Rep. 505 ; London & Overseas v. Timber Shipping, (1971) 2 W.L.R. 1360.

Doorgaans zullen de arbiters evenwel vermoeden hoe de rechtsvraag dient opgelost te worden, maar twijfelen zij (of de partijen) of hun opvatting de juiste is. Om tijd en geld te sparen kunnen de arbiters zich dan over een deel-aspect van de beslechting uitspreken en deze tusseuitspraak ter goedkeuring aan het Hof voorleggen ("interim award") (1). De arbiters zullen nadien het geschil verder beslechten, rekening houdend met het antwoord van het Hof op hun "interim award". De arbiters kunnen ook een voorlopige uitspraak vellen, waardoor het ganse geschil beslecht wordt ; maar de rechtsvragen, waarop het antwoord onzeker is, aan het Hof ter goedkeuring voorleggen. Zij vermelden daarbij alle feitelijke gegevens, die het Hof niet alleen moeten toelaten de abstracte rechtsvraag op te lossen, doch die het tevens voor het Hof mogelijk maken om te beslissen of deze rechtsvragen voor het geschil relevant zijn (2). Indien niet genoeg gegevens voorgelegd werden, kan het Hof de arbiters trouwens verzoeken nieuwe elementen aan te brengen (3). Slechts indien het Hof de rechtsvragen relevant acht en hen beantwoord heeft in dezelfde zin als de arbiters deden, is de uitspraak af. Houdt het Hof er evenwel een andere mening op na dan de arbiters, dan moeten de arbiters een nieuwe uitspraak vellen, die aan de rechtsopvatting van het Hof aangepast is.

Kostbare tijd gaat verloren wanneer de arbiters zich opnieuw over het geschil moeten uitspreken. Om dit te vermijden kunnen de arbiters een uitspraak opstellen, met verscheidene alternatieve oplossingen. Het antwoord van het Hof op de rechtsvragen, die de rechters in een

-
- (1) Zie bijv. Fidelitas Shipping Co. Ltd. v. V/O Exportchleb, (1966) 1 Q.B. 630.
 - (2) Windsor Rural District Council v. Otterway & Try Ltd., (1954) 1 W.L.R. 1494 ; The White Rose, (1969) 1 W.L.R. 1098, 1103. Zie tevens RUSSELL, Arbitration, 249-253 inzake het onderscheid tussen feiten, die de arbiters moeten vaststellen, en de gevolgen die aan deze feiten toegekend moeten worden, en waarover de rechters moeten oordelen.
 - (3) Arbitration Act (1950), s. 22 ; Messers v. Heidnër & Co., (1960) 1 Lloyd's Rep. 500. Zie tevens Daulatram Rameshwarlall v. European Grain and Shipping Ltd., (1971) 1 Lloyd's Rep. 368, 371.

"special case" voorgelegd worden, maakt één van deze alternatieven bindend. Hoe het Hof de gestelde rechtsvragen ook zou beantwoorden, de uitspraak bevat voldoende alternatieven opdat de arbiters de zaak niet meer moeten beoordelen. In deze zin is de uitspraak definitief en is het de rechters' rol om aan te duiden welke alternatieve oplossing uiteindelijk geldt ("final award").

73. Een partij kan bij het Court of Appeal beroep aantekenen tegen het antwoord van het High Court op de "special case" (1). Zij kan zelfs een voorziening bij het House of Lords instellen (2). De tijd en het geld, die door deze voorzieningen verspild kunnen worden, werpen een schaduw op de "special case" (3). Evenwel blijft zij één der attracties van de Engelse arbitrage, die ook buitenlanders kan verleiden (4). Enerzijds hebben de partijen de garantie dat de rechter zal waken over een correcte arbitrale rechtsvinding en rechtsaanwending. Anderzijds weten zij dat de rechter, bij foute rechtsvinding en -aanwending, de uitspraak niet zal vernietigen zodat de beslechting van het geschil terug van nul af aan moet herbegonnen worden ; maar dat hij integendeel zelf de arbitrale uitspraak zal helpen opbouwen. Voor de arbiters is de "special case" een steun bij de rechtsvinding en rechtsaanwending. Zodra zij overigens vrezen dat een onwillige partij hun rechtsvinding of rechtsaanwending zal aanvechten, kunnen zij haar door een "special case" het gras voor de voeten wegmaaien zodat de functionele waarde van de beslissing veilig gesteld wordt. Voor de rechtbank is de "special case" een gelegenheid om zich over rechtsvragen uit te spreken in talrijke handelsgeschillen, die niet aan de rechtbank, maar aan arbitrage voorgelegd worden (5). Bo-

-
- (1) RUSSELL, Arbitration, 259-260: Dit geldt niet wanneer als arbiter een rechter van de Commercial Court zetelt.
 - (2) SCHMITTHOFF, The supervisory jurisdiction of the English Courts, in International Arbitration Domke, 296.
 - (3) Een voorstel tot wijziging van de arbitragewet werd geformuleerd : "The conference of Users of the Commercial Court", Command Paper 1616, February 1962, § 21, zie nr. 710.
 - (4) ELLENBOGEN, G., Commercial Arbitration, 1 Business Law Review (1954), 247, 265.
 - (5) KAHN-FREUND, R.C.D.I.P. 1973, 621.

vendien kunnen de rechtbanken door de "special case" verschillen in de arbitrale interpretatie en toepassing van normen vermijden zodat de eenvormigheid in de rechtsaanwending door rechter en arbiter gevrijwaard wordt (1).

Hoe zou in Engeland uit de arbitrale beslechting van VB. 1 een "special case" kunnen groeien ?

De publiciteitsfirma vorderde bij de beëindiging van de advertentie-overeenkomst een uitwinningsvergoeding, alhoewel de overeenkomst noch de wet terzake iets voorzag. De arbiters, die behoorden tot de Fédération Française de Publicité, moesten luidens de overeenkomst tot arbitrage oordelen volgens de handelsgebruiken.

Het lijkt onwaarschijnlijk dat de arbiters zouden toegeven dat zij, leden van de Fédération Française de Publicité, er hoegenaamd geen idee van hadden wat de inhoud van hun handelsgebruiken was. Een "consultatieve case" lijkt derhalve weinig waarschijnlijk. De arbiters zullen bovendien niet denken dat de rechtbank beter dan zij de handelsgebruiken van de publiciteits-wereld zou kunnen definiëren. Indien één der partijen een "special case" wil, zal zij het Hof moeten verzoeken om de arbiters te bevelen de rechtsvraag voor te leggen, of krachtens de handelsgebruiken een uitwinningsvergoeding verschuldigd is. Het Hof zal dit verzoek normaliter inwilligen omdat deze vraag duidelijk omlijnd is ; omdat het antwoord erop relevant is voor het geschil en omdat het tevens uitgesloten lijkt dat de "special case" de volledige beslechting aan de arbiters zou onttrekken. Het geschil betrof immers niet enkel de rechtsvraag of een uitwinningsvergoeding toegekend moest worden, doch ook het bedrag van deze vergoeding. Derhalve is een "special case" mogelijk.

De "special case" is een ongekende procedure voor de continentale arbiter. Bijgevolg lijkt het nuttig om aan de hand van een bestaand geval (2), te schetsen hoe de uitspraak in VB. 1 in Engeland tot een "special case" zou kunnen uitgroeien.

De arbiters zouden hun uitspraak als volgt kunnen vellen :

"Now we ... having heard counsel on behalf of the parties and having duly heard and considered the facts put before us ... do hereby make and publish our Award in the form of a special case as follow".

-
- (1) Zie bijv. SCHMITTHOFF, International Arbitration Domke, 296, CZARNIKOW & Co. v. ROTH, Schmidt & Co., (1922) 2 K.B. 478, 491: de rechterlijke controle is goed om te vermijden dat "in time codes of law would come to be administred in various trades differing substantially from the English Mercantile Law".
- (2) Zie ZIM Israël Navigation Co. Ltd. v. Effy Shipping Corporation, (1972) 1 Lloyd's Rep. 18.

Hierna zouden zij de feiten opsommen, die voor de beslechting relevant zijn, om het Hof de rechtsvragen te kunnen voorleggen. De moeilijkheid is evenwel dat een handelsgebruik zowel recht als feit raakt. Dit probleem zouden zij als volgt kunnen oplossen :

"We have been asked to find facts, which are to our mind mixed questions of law and fact. It is no part of our duty to give preference to either party by finding as facts matters, which in the opinion of the Court are questions of law. We propose, therefore, to set out the further facts that we have been asked to find, together with our comment, in the hope that this comment, which will be based more on commercial practice than on law, will be of help to the Court" (1).

De arbiters zouden dan kunnen vermelden dat een uitwinningsvergoeding veelal betaald wordt bij de beëindiging van een advertentie-overeenkomst (= feit), en dat deze praktijk in hun ogen een handelsgebruik uitmaakt, die de bedingen van de overeenkomst aanvult (= recht). Bijgevolg, zo zouden zij beslissen, heeft de publiciteitsfirma recht op betaling. De arbiters zouden hun uitspraak besluiten met de rechtsvraag aan de rechters, of, in het licht der gevonden feiten en van hun interpretatie, een uitwinningsvergoeding verschuldigd was.

"If the answer is "Yes", then our award stated above shall stand as our final award. If the answer of the Court to the above question is "No", then we award and adjudge that the claim should be dismissed".

Alhoewel de rechters gebonden zijn aan de feitelijke vaststellingen van de arbiters dat een uitwinningsvergoeding veelal betaald wordt, zijn zij vrij te beslissen of deze praktijk de bedingen der overeenkomst kan aanvullen (2). Wat ook hun antwoord op de vraag zou zijn, in beide gevallen voorziet de arbitrale uitspraak hoe het geschil beslecht moet worden ; zodat de uitspraak niet ter aanvulling terug aan de arbiters overgemaakt moet worden ("final award").

In VB. 2 was de relevante en betwiste rechtsvraag of de overeenkomst tegen de openbare orde indruist. Indien deze casus zich in Engeland situeerde en een partij om een "special case" verzocht, zouden de arbiters deze wellicht stellen. Zo niet, zou het Hof ongetwijfeld, op verzoek der partijen, arbiters bevelen het Hof een "special case" voor te leggen. Voorzichtige arbiters zouden de "special case" bovendien ambtshalve voorleggen omdat zij vrezen dat de veroordeelde partij de ongeldigheid van de transactie zou inroepen om aan de uitspraak te ontsnappen. Waarschijnlijk zou de rechtbank, die over deze "special

(1) (1972) 1 Lloyd's Rep. 23.

(2) Zie bijv. Olympia Oil & Cake Co. v. Produce Brokers Co., (1916) 1 A.C. 314 ; (1917) 1 K.B. 320.

case" moet oordelen, beslissen dat de overeenkomst tegen de openbare orde indruist en derhalve nietig is (1).

2. Nietigverklaring van de arbitrale uitspraak

74. De Engelse rechter kan de arbitrale uitspraak, waarin niet de juiste normen werden aangewend, nietig verklaren indien de arbiters zich schuldig gemaakt hebben aan "misconduct" of indien de arbitrale uitspraak een "error of law on its face" vertoont (2). De uitspraak is dan "set aside". De rechter zal de uitspraak evenwel doorgaans slechts wegens foute rechtsaanwending nietig verklaren wanneer hij de uitspraak niet door een "special case" kan beïnvloeden (3). Foute rechtsaanwending is evenwel nog geen "misconduct" (4). Arbiters maken zich bijvoorbeeld pas schuldig aan "misconduct" indien zij een rechtsnorm, die volgens één der partijen aangewend moet worden, zonder verklaring terzijde stellen om de andere partij te bevoordelen (5); of indien zij rechtsgevolgen toekennen aan een nietige overeenkomst (6).

-
- (1) Zie bijv. Anderson Ltd v. Daniel (1924) 1 K.B. 138 ; In re Mahmoud v. Ispahani, (1921) 2 K.B. 716.
 - (2) Arbitration Act (1950) s. 23. Zie tevens Orion Cia. Espanola v. Belfort mij, (1962) 2 Lloyd's Rep. 257.
 - (3) Zie bijv. Nippon Yusen Kaisha v. Acme Shipping Co. (1972) 1 All. E.R. 35 ; (1972) 1 WLR 74 ; evenwel W.J. Alan & Co Ltd. v. El Nasr Export and Import Co., (1971) 1 Lloyd's Rep. 401, 410.
 - (4) Zie bijv. R.S. Hartley Ltd. v. Provincial Insurance Co. Ltd., (1957) 1 Lloyd's Rep. 121.
 - (5) Darlington Waggon Co. v. Harding, (1891) 1 Q.B. 245 ; Taylor & Son v. Barnett Trading Co. Ltd., (1953) 1 WLR 562. Zie tevens RUSSELL, Arbitration, 360.
 - (6) Zie Prodexport v. E.D. & F. Man, (1972) 2 Lloyd's Rep. 375, 382 ; Taylor & Son v. Barnett Trading Co. Ltd., (1953) 1 WLR 562, 570 (Lord Denning) : "It may be that the umpire, not being a lawyer, did not realize that the contract was illegal ; it may be that the claimants themselves did not know it ; and, in that sense there was no misconduct or improper procurement, but, nevertheless, the award cannot stand". Zie tevens London Export Corporation Ltd. v. Jubilee Coffee Roasting Co. Ltd., (1958) 1 WLR 271 en 661 en RUSSELL, Arbitration, 377-378.

In de uitspraak van VB. 2 had Pathé-Marconi de arbiters op de nietigheid van de overeenkomst gewezen. De arbiters waren het er wel met Pathé-Marconi over eens dat de betalingsafsprake nietig was. Zij waren echter de mening toegedaan dat deze afspraak, als uitvoeringsmodaliteit, de essentie van de overeenkomst niet raakte. Bijgevolg besloten de arbiters dat de overeenkomst niettemin geldig was en verplichtten zij Pathé-Marconi om de schadevergoeding te betalen. Indien de casus in Engeland gesitueerd was, zou Pathé-Marconi de uitspraak dan wegens "misconduct" van de arbiters kunnen laten nietig verklaren ?

De arbiters hadden de redenen gegeven waarom de overeenkomst niet nietig zou zijn ; zij meenden immers dat het beding inzake de betaling uit de hand de essentie van de overeenkomst niet raakte. De arbiters maakten zich derhalve niet aan "misconduct" schuldig omdat zij de nietigheid, die volgens Pathé-Marconi op de overeenkomst woog, zonder motivering hadden weggewimpeld. Niettemin bedreven zij "misconduct" omdat zij rechtsgevolgen toekenden aan een overeenkomst die nietig was.

75. De arbitrale uitspraak kan ook nietig verklaard worden wegens foute rechtsaanwending omdat de uitspraak "klaarblijkelijk verkeerd" ("bad on its face") is (1). Zoals elke foute rechtsaanwending geen "misconduct" is, is ook niet elke uitspraak, waar fout recht angewend wordt, "bad on its face" : uit de uitspraak zelf moet de foute rechtsaanwending blijken. Foute rechtsaanwending komt trouwens niet zozeer uit het dispositief dan wel uit de motivering van een arbitrale uitspraak te voorschijn. Om zoveel mogelijk te beletten dat de rechter in hun uitspraak een "error of law" zou bespeuren, vellen de Engelse arbiters om deze reden meestal uiterst summiere uitspraken, waarin elke motivering achterwege blijft (2). Daar de Engelse rechters

(1) RUSSELL, Arbitration, 357-370.

(2) Compania de Naviera Nedalka v. Tradax International, (1972) 2 Lloyd's Rep. 384, 391. J. MOCATTA : "for many litigants ... it is a mystery why in this country so many awards of arbitrators are what lawyers call non-speaking awards ; in other words ; those which do not give reasons for the decisions at which the arbitrators have arrived. The explanation for this ... is that England ... has a rule that if an error of law appears on the face of an award even though that award be not stated in the form of a special case for the decision of the Court, the award can be set aside. Accordingly, rather than allow that to happen in cases where no special case has been requested, most arbitrators adopted the policy of making and publishing non-speaking awards". Enkel wanneer de uitspraak bestemd is om een "special case" bij het Hof in te leiden, dienen de arbiters hun uitspraak te motiveren.

evenwel hun zoeken naar een "error of law" vanwege de arbiters niet gans ondermijnd willen zien door arbiters, die hun uitspraak niet motiveren, oordelen zij dat niet alleen de motivering van de uitspraak, maar ook de litigieuze overeenkomst, indien de uitspraak hiernaar verwijst, de documenten, die aan de uitspraak gehecht zijn, of de besluiten van de partijen naar een "error of law" van de arbiters onderzocht mogen worden (1). De uitspraak is bijv. klaarblijkelijk verkeerd indien haar uitkomst duidelijk onredelijk is (2) ; wanneer de arbiters een beding van de litigieuze overeenkomst negeren (3) ; wanneer zij gevolg toekennen aan een nietige overeenkomst (4). Hiervoor is het niet relevant of de uitspraak maatschappelijke belangen schaadt of niet, m.a.w. of zij al dan niet tegen de openbare orde indruist (5).

De rechter, die een foute rechtsaanwending in een uitspraak vindt, zal evenwel niet vlug aanvaarden dat deze fout dermate ernstig is dat de uitspraak "klaarblijkelijk" verkeerd is en om deze reden kan vernietigd worden. Enkel een fout in het aanwenden der rechtsnormen, die

-
- (1) HALSBURY, Arbitration, § 623, noot 6 ; RUSSELL, Arbitration, 361-366. De rechtbank aarzelt evenwel om aldus haar toetsingsbasis te verruimen: In Nippon Yusen Kaisha v. ACME Shipping Co., (1972) 1 WLR 74, had de rechter onderzocht of de arbitrale uitspraak een beding van de overeenkomst, waarrond het geschil draaide, eerbiedigde, alhoewel deze overeenkomst geen deel uitmaakte van de arbitrale uitspraak : "What was done must not become, as it were, the thin end of a judicial wedge, permitting an attack on the sanctity of arbitrator's and umpires' awards".
 - (2) Bijv. Robert Stewart & Sons Ltd. v. Carapanayoti & Co. Ltd., (1961) 2 Lloyd's Rep. 387 ; (1962) 1 WLR 34 : "grossly unreasonable result" ; Cassin, Moore & Co. Ltd. v. East-Cheap Dried Fruit Co. (1962) 1 Lloyd's Rep. 400 : "not in accord with natural justice".
 - (3) Zie bijv. Olympia Oil & Cake Co. v. Produce Brokers Co., (1917) 1 K.B. 320.
 - (4) Zie bijv. Prodexport v. E.D. & F. Man Ltd., (1972) 2 Lloyd's Rep. 375, 381-382. Tevens CHESHIRE and FITZGERALD, Law of contract, London 1969, 303.
 - (5) Bijv. Blackford & Sons (Calne) Ltd. v. Borough of Christchurch (1962) 1 Lloyd's Rep. 349 ; Gunter Heck v. André & Cie, (1970) 1 Lloyd's Rep. 235 ; W.J. Alan & Co. Ltd. v. El Nasr Export and Import Co., (1971) 1 Lloyd's Rep. 401.

voor de beslechting relevant zijn, komt als vernietigingsgrond in aanmerking. Bovendien is het niet voldoende dat de rechter op het geschil andere normen heeft aangewend dan deze die de arbiters toepasten, opdat de rechtsaanwending klaarblijkelijk verkeerd weze. Indien de partijen tijdens de beslechting het juridisch inzicht van de arbiter wantrouwen, kunnen zij om een "special case" vragen. Het past niet dat partijen, die dit inzicht vertrouwen en geen "special case" aanvragen, nadien, wanneer de uitspraak tegenvalt, voor de rechtbank de arbiter met succes de geringste fout in de rechtsaanwending zouden kunnen verwijten (1). Anderzijds mag de rechter het arbiters, die handelslui zijn zonder juridische vorming, niet kwalijk nemen dat zij niet de juiste juridische terminologie aanwendden (2).

Een geval zoals VB. 1 zou in Engeland waarschijnlijk beslecht worden met een uitspraak zonder motivering en zonder dat de litigieuze overeenkomst in de uitspraak vermeld of eraan gehecht is. De rechter zou derhalve geen ernstige toetsing naar foute rechtsaanwending kunnen uitvoeren. Veronderstellen wij echter dat de uitspraak eenzelfde motivering had als deze die de Franse arbiters van VB. 1 in werkelijkheid hadden gegeven. In dit geval zou een toetsing geen klaarblijkelijk onjuistheid releveren vermits het toekennen van een vergoeding niet tegen de contractuele bedingen of de wet indruiste.

Veronderstel dat ook VB. 2 in Engeland gesitueerd is. Waarschijnlijk zouden de arbiters de litigieuze overeenkomst met de wederrechtelijke betalingsafspraken niet vermelden in hun uitspraak of eraan hechten, zodat de rechter de mogelijkheid mist om de foute rechtsaanwending te ontdekken. Indien dit echter niet het geval is zou het daarentegen

-
- (1) Zie bijv. Prodexport v. E.D. & F. Man Ltd., (1972) 2 Lloyd's Rep. 375, 383.
 - (2) Zie Anglo-Saxon Petroleum Co. v. Adamastos Shipping Co., (1957) 2 Q.B. 233-234 : "Although the Court would only in the last resort disregard as nonsense what commercial men had agreed upon, it was unable to construe the clause in this setting without results so incongruous that it could not be supposed that the parties ever intended to produce them, and that the clause must accordingly be rejected in toto as insensible" ; tevens Giacomo Costa Fu Andrea v. British-Italian Trading Co., (1963) 1 Q.B. 201, 218 : De rechters "strongly deprecate ... any suggestion that awards made by commercial arbitrators have to be examined with a tooth-comb to make sure that they have used the exactly correct technical legal terms of art"; A/B Legis v. Berg & Sons Ltd., (1964) 1 Lloyd's Rep. 203, 214 ; Luanda Exportadora v. Tamari & Sons, (1967) 2 Lloyd's Rep. 353, 356.

duidelijk zijn dat de overeenkomst nietig is en dat de arbiters, die voor de niet-uitvoering van deze overeenkomst schadevergoeding toekenden, klaarblijkelijk verkeerd oordeelden.

3. Herbeoordeling van de uitspraak door de arbiters

76. Een uitspraak, die klaarblijkelijk onjuist is, of één, waarbij de arbiters zich schuldig maakten aan "misconduct", kan nietig verklaard worden. In de plaats van de uitspraak nietig te verklaren, kan de rechter haar met de nodige richtlijnen ter correctie aan de arbiters overmaken wanneer hem dit gewenst lijkt (1). Veelal zal de partij de rechter aanduiden of zij om nietigverklaring of om herbeoordeling door de arbiters verzocht. Meestal wordt de uitspraak echter met de nodige richtlijnen ter herbeoordeling teruggestuurd naar de arbiters, die, aan de hand van deze richtlijnen, de correcte uitspraak zullen vellen (2). Op deze wijze behouden de arbiters het laatste woord in de beslechting. Zoals uit de "special case", blijkt de interrelatie tussen rechter en arbiter, zoals die in het Engelse recht bestaat, uit de mogelijkheid van herbeoordeling door de arbiter. Door de "special case" kan de arbiter de arbitrale rechtsaanwending aan de rechter ter controle voorleggen, vooraleer de uitspraak bindend is ; door de mogelijkheid om de herbeoordeling te bevelen, kan de rechter de arbitrale uitspraak, die voor de partijen bindend is, wegens foute rechtsaanwending ter correctie naar de arbiters terugsturen. Een rechter, die overtuigd is van het "misconduct" van de arbiter, zal deze meestal wantrouwen : in dit geval zal hij eerder verkiezen om de uitspraak nietig te verklaren dan om haar ter herbeoordeling terug over te maken aan degene, die zich bij de vorige beslechting aan "misconduct" schuldig maakte (3).

(1) Arbitration Act (1950), s. 22 ; RUSSELL, Arbitration, 350-356.

(2) Zie bijv. Cassir, Moore & Co. Ltd. v. East-Cheap Dried Fruit Co., (1962) 1 Lloyd's Rep. 400 ; Blackford & Sons (Calne) Ltd v. Borough of Christchurch, (1962) 1 Lloyd's Rep. 349 ; Société Franco-Tunisienne d'Armement v. Government of Ceylon, (1959) 1 WLR 787.

(3) RUSSELL, Arbitration, 353-356.

4. Weigering van exequatur

77. Het exequatur wordt verleend na tegenspraak tussen de partijen (1). Bij deze gelegenheid kan de tegenpartij de rechter wijzen op een foute rechtsaanwending, die tot de ongeldigheid van de uitspraak leidt. De rechter moet het exequatur weigeren zodra hij aan de geldigheid van de arbitrale uitspraak zelfs maar twijfelt ; het is derhalve niet vereist dat hij tot de bevinding komt dat de uitspraak in werkelijkheid nietig is (2).

§ 2. Inlandse en buitenlandse arbitrage

78. De rechterlijke begeleiding en toetsing, die geschetst werd, kan slechts plaats grijpen wanneer de rechter rechtsmacht over de arbitrale beslechting bezit. Een Franse rechter zal bijvoorbeeld weigeren zich in beroep uit te spreken over een uitspraak van de Arbitrage-commissie van de Sovjet Kamer van Buitenlandse Handel. Evenmin zal een Engelse rechter aanvaarden dat deze Arbitrage-commissie hem een "special case" voorlegt ; laat staan de Sovjet Arbitrage-commissie bevelen om hem een "special case" voor te leggen. De rechter oordeelt dat een "buitenlandse" rechtspraak zijn rechtsmacht ontgaat. Enkel over een "inlandse" arbitrage zal de rechter de begeleiding en controle, zoals beschreven, waarnemen. Het is derhalve relevant om weten wat als "inlandse" en wat als "buitenlandse" arbitrage bestempeld kan worden.

Het is duidelijk dat een vonnis van een Brusselse rechter uitgesproken "Belgisch" is en bijgevolg door een Antwerpse rechter als "inlands" en

(1) RUSSELL, Arbitration, 327.

(2) RUSSELL, Arbitration, 323-324. Degene, die tevergeefs om het exequatur verzocht, kan evenwel steeds een "action on the award" instellen, waarbij de uitspraak niet zelf uitvoerbaar wordt, maar waarbij de eiser de arbitrale uitspraak als basis voor zijn vordering tot schadevergoeding of tot dwanguitvoering aanwendt.

door een Parijse rechter als "buitenlands" beschouwd wordt. Voor de arbitrage kan de nationaliteit van de uitspraak niet met evenveel gemak bepaald worden. Arbitrage is een contractueel gebeuren waarvan oorsprong en uitvoering in verscheidene landen gelocaliseerd kunnen zijn. Het ligt bijvoorbeeld niet voor de hand welke de nationaliteit is van een arbitrale uitspraak van een Zweedse arbiter, zetelend in Zwitserland, in een geschil tussen een Franse en Duitse onderneming.

Het is trouwens verwarrend om van de "nationaliteit" van de arbitrage te spreken en arbitrale uitspraken, zoals vonnissen, in te delen in "inlandse" en "buitenlandse". De overeenkomst - het contractueel gebeuren bij uitstek - bezit immers geen nationaliteit; de rechter, die een geschil inzake de overeenkomst moet beslechten, kan slechts nagaan welke "lex contractus" de overeenkomst beheerst. Zo ook moet de rechter m.i. geen nationaliteitsteken op een uitspraak kleven maar dient hij slechts op te zoeken welk recht de arbitrale beslechting, die ook krachtens overeenkomst verloopt, regeert.

De rechter zal een arbitrale uitspraak evenwel anders benaderen dan een overeenkomst. De rechter deinst er niet voor terug om op een overeenkomst een buitenlandse "lex contractus" toe te passen wanneer de beslechting dit vergt. De rechter zal een arbitrage daarentegen nooit begeleiden en controleren volgens een buitenlandse arbitragewet. Daar hij deze begeleiding en controle als een uitoefening van zijn rechtsmacht beschouwt, zal hij deze enkel willen uitvoeren op grond van de arbitragewet van zijn forum (1). Zodra hij van oordeel is dat niet de forale, maar een buitenlandse arbitragewet op een arbitrage van toepassing is, zal hij zich onbevoegd verklaren om deze "buitenlandse" arbitrage te begeleiden en te controleren. Hij kan enkel aan de uitspraak van een "buitenlandse" arbitrage gevolgen verlenen, zoals hij trouwens ook gevolgen kan toekennen aan buitenlandse vonnissen. Hierin schuilt het belang van het onderscheid tussen "inlandse" en "buitenlandse" arbitrage.

(1) MUNZBERG, Schranken der Parteivereinbarungen, 167.

79. Het onderscheid tussen "inlandse" en "buitenlandse" uitspraken is niet eenvoudig te maken. Om tot een oplossing te komen moet men de vraag welke procedure-voorschriften de arbiters moeten volgen, afzonderen van het probleem der aanwendbare arbitragewet. De eerste vraag is een zorg voor de arbiters in de uitvoering van hun contractuele prestatie ; de tweede vraag is de aangelegenheid van de rechter, die moet bepalen of hij rechtsmacht bezit om een gegeven arbitrale beslechting te begeleiden, m.a.w. of de arbitragewet van zijn forum op deze beslechting van toepassing is (1).

In deze studie van de arbitrale rechtsaanwending blijft het daarenboven buiten beschouwing welke rechter de arbitrage op gang kan brengen (2).

80. De verdragen inzake transnationale handelsarbitrage bieden geen houvast om de "inlandse" van de "buitenlandse" arbitrage van elkaar te onderscheiden.

Het Protocol van Genève (1923) betreft enkel de transnationale geldigheid van de overeenkomst tot arbitrage. Het laat open welke arbitragewet van toepassing is op de arbitrage (3).

Het Verdrag van Genève inzake de uitvoering van buitenlandse arbitrale uitspraken (1927) weerspiegelt de opvatting dat een arbitrale uitspraak onderworpen is aan de arbitragewet van de plaats waar zij geveld werd. Dit principe is evenwel geen criterium om "inlandse" uitspraken van

-
- (1) GENTINETTA, Lex Fori, maakt ook een onderscheid tussen deze beide problemen. Enerzijds stelt hij dat de arbiter een nationaal of zelfs anationaal "lex arbitri" kan aanwenden (p. 113-139 en p. 184-192). Anderzijds geeft hij toe dat elke arbitrage aan een nationale arbitragewet is onderworpen (p. 212-236).
 - (2) Zie bijv. Beroep Parijs 22 januari 1957, R.C.D.I.P. 1957, 496 met noot MEZGER ; tevens de tegenstelling tussen Beroep Parijs 8 juni 1972, Rev. Arb. 1973, 38 met noot RUBELLIN-DEVICHI ; J.C.P. 1973. II.17382 met noot LEVEL ; Cass. 7 februari 1968, Dall. 1968, J., 552 ; SCHLOSSER, Schiedsgerichtsbarkeit, nr. 510.
 - (3) RENGLI, Grenzen der Parteifreiheit, 40.

"buitenlandse" te onderscheiden. Men kan aan het Verdrag van Genève niet meer gevolgen toekennen dan deze, die het bedoelde. Dit Verdrag wilde enkel verhinderen dat een arbitrale uitspraak, erkend in het land waar zij geveld is, niet erkend zou worden in een tweede land omdat de overeenkomst tot arbitrage nietig zou zijn volgens de normen van dit tweede land, alhoewel zij geldig is volgens de arbitragewet van de plaats waar de uitspraak geveld is. Het Verdrag wil derhalve de uitvoerbaarheid verzekeren van voor de rechter "buitenlandse" uitspraken ; nergens bepaalt het echter wat een "buitenlandse" uitspraak is. De rechter dient dit zelf te bepalen. Aldus belet het Verdrag de rechter niet om een arbitrale uitspraak, in het buitenland geveld, als "inlands" te beschouwen en te begeleiden (1).

Het Verdrag van New York van 1958 inzake de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse scheidsrechterlijke uitspraken omzeilt een definitie van "buitenlandse arbitrage". Luidens art. 1 is buitens elke uitspraak, die in het buitenland geveld is of die door de rechter niet als binnenlands beschouwd wordt (2). Hieruit kan men geen relevant criterium afleiden. Art. 1 lijnt enkel het toepassingsgebied af van het Verdrag van New York, dat enkel geldt voor de erkenning van de in het buitenland reeds erkende uitspraken ; het wil de rechter geen toetssteen bieden om "inlandse" van "buitenlandse" uitspraken te onderscheiden (3).

Het Europees Verdrag inzake de internationale handelsarbitrage bepaalt, ook met het oog op de erkenning van uitspraken, dat een uitspraak

-
- (1) GENTINETTA, Lex Fori, 243-257 ; KLEIN, Ann. S. Dr. Intern. 1967, 108, SCHLOSSER, Schiedsgerichtsbarkeit, nrs. 219 en 641 ; Beroep Parijs 9 december 1955, R.C.D.I.P. 1956, 523 met noot MOTULSKY ; Dall. 1956, J., 217 met noot ROBERT ; Rev. Arb. 1955, 101 waarin het Hof stelde dat, ondanks het Verdrag van Genève, de rechter steeds moet nagaan welke arbitragewet krachtens het I.P.R. van het forum van toepassing is op de arbitrage.
 - (2) Belg. Staatsblad 15 november 1975, 14410 ; GENTINETTA, Lex Fori, 277-284.
 - (3) SCHLOSSER, Schiedsgerichtsbarkeit, nr. 641.

"buitenlands" is wanneer zij in het buitenland geveld werd of een buitenlandse arbitragewet erop van toepassing is (1). Zoals bij het Verdrag van New York wordt hierdoor de erkenning van "buitenlandse" uitspraken veilig gesteld. Het Europees Verdrag biedt de rechter geen criterium om de "inlandse" en "buitenlandse" uitspraken te erkennen (2).

81. Over de vraag welke uitspraken als "inlandse" en welke als "buitenlandse" beschouwd moeten worden, is al veel inkt gevloeid (3). Er bestaan nagenoeg evenveel opinies als auteurs, die de problematiek bespreken (4).

De rechtsleer koppelde het onderscheid tussen "inlandse" en "buitenlandse" arbitrages vaak vast aan de vraag naar de arbitragewet, die op de beslechting van toepassing is, en aan de vraag naar de rechter, die de arbitrage mag begeleiden en controleren. Zij bestempelde beide vragen als de problematiek van de zetel der arbitrage, nl. "le lien entre les parties à l'arbitrage et l'arbitre, d'une part, et un for judiciaire et une loi de procédure, d'autre part" (5). Een arbitrage

(1) Artikel IX, lid 1, Belg. Staatsblad, 17 februari 1976, 1691.

(2) SCHLOSSER, Schiedsgerichtsbarkeit, nr. 641.

(3) Zie bijv. BALLADORE-PALLIERI, 51 RdC (1935, I), 361-363 ; FRAGISTAS, Arbitrage étranger et arbitrage international en droit privé, R.C.D.I.P. 1960, 1-20 ; GENTINETTA, Lex Fori, 277-289 ; KLEIN, F., noot onder Tribunal Fédéral 27 maart 1968, R.C.D.I.P. 1969, 112-115 ; LALIVE, 120 RdC (1967, I), 610-650 ; MEZGER, E., noot onder Beroep Parijs 5 juli 1955, R.C.D.I.P. 1956, 81 ; MEZGER, E., Zum Begriff des ausländischen Schiedsspruchs, NJW 1959, 2196-2197 ; RICCI, E., La distinzione tra lodi "nazionale" e lodi "esteri" e la convenzione di Ginevra Arch. Giur. 1974, 145-151 ; ROBERT, Arbitrage, nr. 413-415 ; SCHLOSSER, Schiedsgerichtsbarkeit, nr. 640-643 ; SZASZY, I., International civil procedure, Leiden 1967, 612-627 ; VAN HECKE, Multitudo Legum, 357-368 ; VON BERINGE, Die Nationalitätsbestimmung bei Schiedssprüchen, NJW 1959, 77-81 ; WETZMULLER, Der "internationale" Schiedsspruch im U.N.-Übereinkommen, 10-17.

(4) SZASZY, I., o.c., 602.

(5) PANCHAUD, Rev. Arb. 1966, 9.

is inlands voor de rechter van het land waarin de arbitrale zetel gevestigd is, en dit omdat hij bevoegd is de arbitrage te begeleiden en te controleren ; m.a.w. omdat zijn arbitragewet van toepassing is. Zij is buitenlands voor de rechters in wier forum de arbitrale zetel niet gevestigd is vermits zij niet bevoegd zijn om de arbitrage te begeleiden en te controleren en om hun arbitragewet op de beslechting toe te passen.

82. Volgens de meeste auteurs bepalen de partijen, en aanvullend de arbiters, zelf welke arbitragewet van toepassing is (1). Door de keuze van de te volgen arbitragewet zouden de partijen of arbiters daarenboven rechtsmacht verlenen aan de rechter om in de arbitrale beslechting in te grijpen. Deze opvatting ziet evenwel over het hoofd dat de rechter zijn rechtsmacht haalt uit de forale wet ; en niet uit de keuze van een arbitragewet door partijen of arbiters. Het is niet omdat de partijen bedongen dat een bepaalde arbitragewet gevolgd moet worden dat ook de rechter, waarvoor deze arbitragewet foraal recht is, bevoegd wordt. De rechtsmacht van de rechter wordt niet door de wil van de partijen, maar door het recht bepaald.

Een Engelse rechter zal bijvoorbeeld weigeren om tussen te komen in een arbitrale beslechting, die te Parijs tussen twee Fransen gevoerd wordt, ook al hadden deze partijen bedongen dat de Engelse arbitragewet van toepassing was. Een akkoord tussen partijen kan de Engelse rechter niet dwingen om tussen te komen in een beslechting die geen enkele objectieve aanknopingspunt met Engeland bezit (2). Het kan tevens gebeuren dat een Engelse rechter in een arbitrage ingrijpt, alhoewel de arbiters verklaard hadden dat enkel het Schotse procedurerecht op de arbitrage van toepassing was (3).

-
- (1) Bijv. FRAGISTAS, R.C.D.I.P. 1960, 4-14 ; KLEIN, R.C.D.I.P. 1958, 276 (zie evenwel KLEIN, Ann. S. Dr. Intern. 1967, 87) ; MEZGER, Mélanges Maury, 281 ; PANCHAUD, Rev. Arb. 1966, 9-12 ; RENNELI, Grenzen der Parteifreiheit, 25 ; SCHLOSSER, Schiedsgerichtsbarkeit, nr. 642.
 - (2) Zie bijv. GAUDEMET-TALLON, H., La prorogation de juridiction en droit international privé, Parijs 1965, nr. 313-316 ; MANN, International Arbitration Domke, 167.
 - (3) Zie bijv. Whitworth Street Estates Ltd. v. James Miller and Partners Ltd., (1969) 1 W.L.R. 377.

Anderen beweren dat, zoals bij de rechterlijke beslechting, het recht van de plaats waar de arbiters zetelen, bepaalt aan welke arbitragewet de arbitrage onderworpen is (1). In principe zou de arbitragewet van de arbitrale zetel steeds aanwendbaar zijn. Aan een optie van partijen voor een andere arbitragewet zou slechts gevolg kunnen gegeven worden indien de wet van het arbitraal forum dit toelaat. Ook deze opvatting strookt niet altijd met de juridische werkelijkheid. Anders zou een uitspraak, tussen een Zwitser en een Duitser geveld te Genève en, zoals partijen bedongen, volgens het Duitse arbitragerecht, in Duitsland slechts "inlands" zijn indien de Zwitserse arbitragewet dit toelaat. Welnu, het is een feit dat deze uitspraak in Duitsland als "inlands" beschouwd wordt zodra de beslechting volgens de Duitse arbitragewet geschiedde ; en dit ongeacht het feit of het Zwitsers recht een optie van het Duitse arbitragewet erkent voor een arbitrage, die in Zwitserland plaats grijpt(2).

Geen universele regel bestaat om de "inlandse" van de "buitenlandse" uitspraken te onderscheiden. De geografische plaats, waar de arbitrage plaats grijpt, of de arbitragewet, die de partijen en arbiters eerbiedigen, biedt meestal het criterium. Het is evenwel niet uitgesloten dat een staat zijn arbitragewet van toepassing verklaart op een arbitrage, die zowel qua plaats der arbitrage als qua gevolgde arbitragewet als "buitenlands" beschouwd wordt. Op deze wijze kan de staat rechtsmacht over een nadelige uitspraak wegkapen en de uitspraak bijv. vernietigen. Het blijft uiteraard de vraag of deze vernietiging in andere landen erkend zou worden.

Een geschil tussen de Iraanse staatsonderneming NIOC en Sapphire International Petroleum werd in Zwitserland gearbitreerd volgens de lokale arbitragewet. NIOC werd in het ongelijk gesteld. Een rechtbank in Teheran vernietigde echter deze arbitrale uitspraak, die de Iraanse

(1) Bijv. MANN, International Arbitration Domke, 161-167. Zie tevens VON BERINGE, NJW 1959, 77-81.

(2) Zie BGH 3 oktober 1956, BGHZ 21, 365 ; BB 1956, 1045 ; NJW 1956, 1838 ; Clunet 1958, 1130 ; R.C.D.I.P. 1957, 693. Tevens OLG Hamburg 8 december 1960, KTS 1961, 174.

rechter als "inlands" beschouwde omdat het geschil in Iran gesitueerd was (1). Niettemin werd voor een Nederlandse rechter om de uitvoering van de uitspraak verzocht (2).

83. Uiteindelijk is de vraag naar de "inlandse" en "buitenlandse" arbitrage een kwalificatieprobleem, dat elke rechter zich kan stellen (3). In het eigen recht moet hij ontdekken hoe hij "inlandse" van "buitenlandse" uitspraken kan onderkennen.

84. In bepaalde rechtssystemen zal de rechter zich rechtsmacht over de arbitrale beslechting toekennen omdat de arbitrage plaats heeft in zijn forum. Deze oplossing is redelijk : deze rechter is immers de uitgelezen persoon om de arbitrage, die binnen het forum plaats heeft, te begeleiden en te controleren ; het ingrijpen van een rechter uit een ander land zou meer tijd en kosten vergen en mogelijk minder effectief zijn (4). De Belgische arbitragewet en de Engelse Arbitration Act lijken dit geografisch criterium te volgen (5).

-
- (1) Hof Teheran 1 december 1963, 47 I.L.R. 396 ; MATINE-DAFTARY, A., in International Commercial arbitration, Report of the 54th Conference I.L.A., 1970, 76.
 - (2) Arrondissementsrechtbank Den Haag 15 april 1966, 5 I.L.M. (1966), 477. De rechter weigerde evenwel de zaak te kennen omdat NIOC immuniteit van jurisdictie genoot.
 - (3) ARENDT, Die Vollstreckung, 13-13 c; FRAGISTAS, C., La compétence internationale en droit privé, 104 RdC (1961, III), 169-170 ; MIAJA de la MUELA, A., Les principes directeurs des règles de compétence territoriale, 135 RdC (1972, I), 27.
 - (4) Zie SAUSER-HALL, Ann. I.D.I. 1952, I, 572-574. Tevens Resolutie van het Institut de Droit International, Ann. I.D.I. 1957, II, 479.
 - (5) België : Ger. Wetb. art. 1719 spreekt immers van "in het buitenland gegeven scheidsrechterlijke uitspraken". DERMINE, Arbitrage nr. 165; ruimer LEDOUX, J.T. 1976, 305. Zie tevens Beroep Gent 25 november 1955, Pas. 1956, II, 97 ; R.W. 1955-1956, 1529, R.C.D.I.P. 1956, 696 met noot MEZGER ; waarin gesteld werd dat de Engelse arbitragewet geldt wanneer de arbitrage in Engeland plaats grijpt. Engeland : Arbitration Act (1950) s. 37 (d) stelt dat de buitenlandse uitspraak "final in the country in which it is made" moet zijn ; MANN, International Arbitration Domke, 167 ; Command Paper 1515, october 1961, 31 : "It seems that the Convention of 1958 cannot involve any reduction in the control exercised by United Kingdom courts over arbitrators in the United Kingdom". Naar

.../...

Een Engelse onderneming gaf een Schotse aannemer opdracht een fabriek in Schotland te bouwen. De overeenkomst was aan het Engelse recht onderworpen en voorzag in arbitrage, door de Engelse architectenvereniging. Een geschil inzake deze overeenkomst werd door arbiters in Schotland en volgens de Schotse procedure beslecht. Een partij verzocht de arbiters om aan de Engelse rechter als "special case" een vraag over het Engelse recht voor te leggen. De arbiters weigerden dit omdat het Schotse arbitragerecht geen "special case" kende. Het Engelse Court of Appeal oordeelde dat de Engelse arbitragewet - en niet de Schotse - op de arbitrage van toepassing was ; en dit uitsluitend omdat de betwiste overeenkomst door het Engelse recht geregeerd werd (1). Het House of Lords bevestigde de opinie van de Schotse arbiters, nl. dat de arbitrage enkel door de Schotse arbitragewet geregeld werd daar zij te Schotland plaats greep. Op arbitrages, die in Engeland plaats grepen, zou daarentegen de Engelse arbitragewet wel van toepassing zijn (2).

85. Het is evenwel niet steeds eenvoudig om weten waar de arbitrage plaats grijpt.

Waar is de zetel der arbitrage bij een beslechting door een anationale arbitrageinstelling, zoals de Internationale Kamer van Koophandel (I.K.K.) ?

Een concessie, die een Belg van de Burundese regering verkregen had, werd verbroken. Het geschil werd voor arbitrage voorgelegd aan de I.K.K., waarvan de zetel te Parijs gevestigd is. Daar de partijen geen arbiter benoemd hadden, stelde het Arbitrage-Hof van de I.K.K. een Zwitser als arbiter aan (3). Het Arbitrage-Hof bepaalde tevens

.../...

Engels recht lijkt een arbitrale uitspraak, geveld buiten Engeland, maar op grond van een overeenkomst tot arbitrage, onderworpen aan het Engelse recht, een tussenstatuut te genieten. Een buitenlandse arbitragewet zal de arbitrale beslechting begeleiden, doch de uitspraak lijkt vervolgens als een interne uitspraak uitvoerbaar (Arbitration Act (1950) s. 26 en 40, b).

- (1) Whitworth Street Estates Ltd. v. James Miller & Partners Ltd., (1969) 1 W.L.R. 377. Zie tevens KAHN-FREUND, R.C.D.I.P. 1973, 622-623. MANN, F.E., English procedural law and foreign arbitration, 19 I.C.L.Q. (1969), 997-1001.
- (2) (1970) A.C. 583 ; (1970) 2 W.L.R. 728.
- (3) Cfr. I.K.K. nr. 1526, Jur. Anv. 1969, 82 ; Clunet 1974, 915, Arbitrage-reglement art. 2.

dat de zetel van de arbitrage te Bern gevestigd zou zijn (1). De arbiter formuleerde te Bern een ontwerp van uitspraak, dat echter door het Arbitrage-Hof te Parijs goedgekeurd moest worden (2). Nadat de arbiter dan de definitieve tekst van de uitspraak ondertekend had, werd deze door het Arbitrage-Hof vanuit Parijs naar de partijen gestuurd (3). Is de uitspraak te Bern of te Parijs geveld ?

Men is het erover eens dat dergelijke arbitrage plaats heeft waar de arbiter zetelt ; en niet waar de instelling, die de arbitrage organiseert, gevestigd is (4).

Een arbitrale beslechting kan ook van het ene land naar het andere verhuizen. Welke rechter zal dan bevoegd zijn om in te grijpen ? Elke rechter moet dat zelf bepalen.

Een geschil tussen Zweedse luciferfabrikanten en de Griekse Staat werd door twee arbiters te Athene beslecht. Zodra vaststond dat deze geen akkoord konden bereiken, benoemden zij, zoals de overeenkomst tot arbitrage bepaalde, de Voorzitter van het Zwitserse Tribunal Fédéral als "umpire". Met instemming van de partijen verplaatste deze de zetel der arbitrage van Athene naar Lausanne. Was de Griekse of de Zwitserse arbitragewet van toepassing op de uitspraak van de "umpire" ? De "umpire" koos voor de eerste oplossing omdat hij het wenselijk achtte dat eenzelfde arbitragewet de ganse beslechting regelde (5). Het is evenwel een andere vraag of de Zwitserse rechter ermee akkoord zou gaan dat hij geen rechtsmacht over de arbitrage had.

In een arbitrage van de I.K.K. werd een geschil beslecht tussen

(1) Ibidem, art. 12.

(2) Ibidem, art. 21.

(3) Ibidem, art. 23.

(4) MANN, International Arbitration Domke, 163. Zie tevens : Frans Cass. 23 januari 1974, Rev. Arb. 1974, 296; Beroep Parijs 10 mei 1971, Rev. Arb. 1971, 111 ; Beroep Parijs 25 januari 1972, Rev. Arb. 1973, 158 met noot FOUCHARD ; Beroep Parijs 15 december 1972, Rev. Arb. 1973, 98 met noot MEZGER ; Beroep Parijs 18 juni 1974, Rev. Arb. 1975, 179 met noot ROBERT ; OLG Stuttgart 23 mei 1960, AWD 1960, 246 ; Die deutsche Rechtsprechung auf dem Gebiete des internationalen Privatrechts 1960-61, nr. 25.

(5) The Alsing Trading Co. Ltd. and the Swedish Match Company v. The Greek State, 23 I.L.R. (1956), 633-658 ; SCHWEBEL, 7 I.C.L.Q. (1959), 345.

Joegoslaafse, Zweedse, Oostenrijkse en Zwitserse ondernemingen. De arbiters kwamen achtereenvolgens bijeen in Rotterdam, Den Haag, Brussel, Parijs en Genève om de zaak te beslechten. De uitspraak werd in Den Haag gevelde (1). Welke rechter mag deze uitspraak als "inlands" beschouwen ?

Een Belgische en een Nederlandse groothandelaar in aardappelen legden een geschil ter arbitrage voor aan de Union européenne du commerce de gros des pommes de terre. De arbiters kwamen samen in Den Haag om een uitspraak te vellen. Daar beroep tegen deze uitspraak ingesteld werd, moest, zoals het arbitragereglement eiste, een ander arbitraal paneel van de Union européenne, ditmaal zetelend in Brussel, in tweede aanleg over het geschil oordelen. Wordt de nietigheid van de tweede uitspraak bepaald krachtens de Belgische of de Nederlandse arbitragewet ? De Brusselse rechter meende dat de eigen arbitragewet van toepassing was op de arbitrale procedure in tweede aanleg vermits deze in België plaats greep (2).

De plaats, waar de arbitrage plaats grijpt, bepaalt vaak welke arbitragewet van toepassing is en welke rechter rechtsmacht verkrijgt om de arbitrage te begeleiden en te controleren. Partijen doen er derhalve goed aan om zelf de zetel van de arbitrage te bepalen in de overeenkomst tot arbitrage of de arbitrageovereenkomst. Zo vermijden zij dat de arbiters de arbitrage situeren op een plaats, die een ongewenste arbitragewet en rechter bevoegd maakt (3). Vaak gebeurt het dat de partijen impliciet bepalen waar de arbitrage moet plaatsgrijpen. Wie een nationale arbitrage-instelling met arbitrage belast, verwacht doorgaans dat de arbitrage plaats grijpt waar de instelling haar zetel heeft.

Een Fransman en een Duitser laten een geschil beslechten door de London Cattle Food Trade Association. Het is duidelijk dat arbitrage in

(1) I.K.K. nr. 2168.

(2) Brussel, 28 januari 1967, Pas. 1967, III, 79 ; R.U.C.I.P. arbitragereglement, art. 30.

(3) Soms gebeurt het evenwel dat de arbitrage uiteindelijk elders plaats grijpt dan oorspronkelijk bepaald. In de overeenkomst tussen Aramco en Saoedi-Arabië was bepaald dat de arbitrage in Den Haag zou plaats grijpen. De overeenkomst tot arbitrage bedong later dat deze plaats in Zwitserland zou zijn, alwaar de arbitrage tenslotte gehouden werd (IALIVE, 120 RdC (1967, I), 652).

Engeland moet plaats grijpen en dat de Engelse arbitragewet er bijgevolg op van toepassing is (1).

86. In andere rechtssystemen bepaalt de arbitragewet, waaraan de partijen en arbiters zich onderwierpen, welke rechter rechtsmacht over de arbitrage bezit. Hoger werd aangestipt dat de vraag naar de beginselen, volgens dewelke de arbiter de beslechting laat verlopen, moet gescheiden blijven van de vraag naar de rechter, die de arbitrale beslechting mag begeleiden en controleren. Volgens het hier aangeduide criterium worden beide aspecten terug aan elkaar gekoppeld : de normen, die de arbitrale beslechting regelen, bepalen tevens welke rechter de arbitrage zal begeleiden. Zo oordelen de Duitse en de Franse rechter dat zij rechtsmacht bezitten over de arbitrale beslechting, gevoerd volgens de Duitse, respectievelijk Franse arbitragewet (2). Wanneer partijen geen te volgen arbitragewet hebben aangeduid, moeten de arbiters de arbitragewet volgen van de plaats waar de arbitrage plaats grijpt ; de plaatselijke rechters zullen dan ook rechtsmacht over de arbitrage bezitten.

87. Meestal maakt het geen verschil uit of het eerste criterium (de zetel van de arbitrage) ofwel het tweede criterium (de geëerbiedigde arbitragewet) aangewend wordt om te bepalen of de arbitrage "inlands" of "buitenlands" is. Doorgaans verloopt de arbitrale beslechting immers volgens de lokale arbitragewet.

88. Het is evenwel niet uitgesloten dat partijen bedingen dat een andere arbitragewet dan deze van de plaats van arbitrage gevolgd moet worden. Door het samenspel van de twee criteria kan een uitspraak in

(1) Zie bijv. Beroep Toulouse 29 januari 1957, R.C.D.I.P. 1957, 699 ; Rev. Arb. 1957, 96.

(2) Duitsland : BAUMBACH-SCHWAB, Schiedsgerichtbaarheid, 231. BGH 3 oktober 1956, BGHZ 21, 365 ; KTS 1956, 175, NJW 1956, 1838. Frankrijk : ROBERT, Arbitrage, nr. 414 ; Beroep Parijs 20 april 1972, Rev. Arb. 1973, 84 met noot LOQUIN ; Beroep Parijs 15 december 1972, Rev. Arb. 1973, 98 met noot MEZGER ; Beroep Parijs 18 juni 1974, Rev. Arb. 1975, 179 met noot ROBERT.

twee landen als "inlands" beschouwd worden ; nl. wanneer partijen bedongen dat de arbitrage moet geschieden in het ene land volgens de arbitragewet van het andere land.

Zo zou bijv. een uitspraak, in Engeland geveld volgens de Franse arbitragewet, in Engeland "inlands" zijn krachtens de plaats, waar de arbitrage plaats greep ; in Frankrijk zou zij "inlands" zijn wegens de Franse arbitragewet, die gevolgd werd.

89. Doorgaans wordt gesteld dat de arbitrale beslechting niet boven de rechtsorden mag zweven. Zij moet geïntegreerd zijn in een rechtsorde, zodat de rechter van deze rechtsorde de arbitrage kan begeleiden en controleren (1). De beide criteria, om "inlandse" van "buitenlandse" uitspraken te onderscheiden, kunnen evenwel tot gevolg hebben dat een uitspraak in geen enkel land als "inlands" beschouwd wordt ; met het gevolg dat geen enkele rechter de arbitrage kan begeleiden en controleren (2). Dit is het probleem van de "zwevende" arbitrages.

Partijen hadden bedongen dat een arbitrage gehouden zou worden te Parijs volgens de Engelse procedure (3). In overeenstemming met het in Frankrijk geldend criterium van de gevolgde arbitragewet beschouwde de Franse rechter dit als een buitenlandse arbitrage. Waarschijnlijk zou ook de Engelse rechter weigeren deze arbitrage te begeleiden omdat zij in Frankrijk plaats has.

Een "zwevende" arbitrage van het ene land kan evenwel elders als "buitenlandse" arbitrage erkend en tenuitvoer gelegd worden.

De Société européenne d'Etudes et d'Entreprises was in een geschil met de staat Joegoslavië gewikkeld. Een arbitrale uitspraak, die in

-
- (1) PANCHAUD, Rev. Arb. 1966, 2-8 ; VAN HECKE, Multitudo Legum, 357-362. Om het met Raape's woorden te zeggen : "das Schiedsgericht thront nicht über die Erde, es schwebt nicht in der Luft, es muss irgendwo landen, irgendwo erden" (RAAPE, L., Internationales Privatrecht, Berlijn 1961, 557).
 - (2) WETZMÜLLER, Der "internationale" Schiedsspruch im UN.-Übereinkommen, 30.
 - (3) Beroep Parijs 5 juli 1955, R.C.D.I.P. 1956, 79 met noot MEZGER, Rev. Arb. 1956, 48.

het Zwitserse kanton Vaud geveld werd, beslechtte de onenigheid. De rechter van Vaud was evenwel van oordeel dat de uitspraak niet door zijn arbitragewet beheerst werd vermits de partijen de formaliteiten, voorgeschreven door het kanton Vaud, niet gevolgd hadden ; bijgevolg meende hij dat hij geen rechtsmacht had over de arbitrale uitspraak. Het Tribunal Fédéral bevestigde dit (1). Het exequatur van de uitspraak werd in Nederland aangevraagd. De omstandigheid dat de arbitrage in Zwitserland als zwevend beschouwd werd, belette de Nederlandse Hoge Raad niet om de uitspraak als "buitenlands" te aanzien en er het Verdrag van New York op van toepassing te verklaren (2).

Is de arbitrage van de Internationale Kamer van Koophandel (I.K.K.) een zwevende arbitrage ? Partijen, die voor deze arbitrage opteren, hebben vaak de indruk dat zij enkel geregeld wordt door het arbitragereglement en de organen van de I.K.K. ; zonder dat een nationale arbitragewet erop van toepassing is (3). Enkele uitspraken van de I.K.K. stellen evenwel dat een arbitragewet het arbitragereglement van de I.K.K. aanvult (4). In werkelijkheid hebben noch de partijen, noch de I.K.K., de bevoegdheid om een arbitrale beslechting te onttrekken aan de toepassing van de arbitragewet, die omwille van de plaats der arbitrage of de gevolgde procedure van toepassing is (5). Dit werd door de rechtspraak bevestigd (6).

Auteurs meenden dat het Verdrag van New York (7) en het Europees

-
- (1) Tribunal Fédéral 18 september 1957, R.C.D.I.P. 1958, 358 ; tevens zie Tribunal Fédéral 27 maart 1968, R.C.D.I.P. 1969, 106, 109.
 - (2) Hoge Raad 26 oktober 1973, NJB 1973, 1264.
 - (3) FRAGISTAS, R.C.D.I.P. 1960, 17 ; tevens KLEIN, Ann. S. Dr. Intern. 1963, 52. Deze indruk werd in de hand gewerkt door de I.K.K. (Rapport de la CCI, 13 maart 1953, Brochure nr. 174, 7).
 - (4) Bijv. I.K.K. nr. 1512, Clunet 1974, 905 (arbitragewet, door de partijen gekozen ; indien geen keuze, deze van de plaats, waar de arbitrage plaats grijpt) ; I.K.K. nr. 2381 (arbitragewet van de plaats waar arbitrage plaats heeft).
 - (5) Zie bijv. MANN, International Arbitration Domke, 178 noot 13.
 - (6) Bijv. Beroep Parijs 18 juni 1974, Rev. Arb. 1975, 179.
 - (7) Zie bijv. de bespreking van FRAGISTAS, R.C.D.I.P. 1960, 16 ; LA-LIVE, 120 RdC (1967, I), 644.

Verdrag (1) de partijen toelaten te bedingen dat hun arbitrage door geen enkele arbitragewet zal beheerst worden. Deze verdragen maken het de partijen m.i. niet mogelijk om hun arbitrage "zwevend" te maken. Het Verdrag van New York regelt de erkenning en tenuitvoerlegging van uitspraken die t.o.v. het forum "buitenlands" zijn. Hieruit volgt niet noodzakelijkerwijze dat de arbitrage in geen enkel land "inlands" verklaard kan worden (2). Het Europees Verdrag laat de partijen niet toe om aan de toepassing van de arbitragewet te ontkomen : het Verdrag maakt in elke rechtsorde juist deel uit van de arbitragewetgeving.

§ 3. Rechterlijke toetsing van de rechtsaanwending in "buitenlandse" uitspraken

90. Het is mogelijk dat een arbitrale uitspraak moet tenuitvoer gelegd worden in een land waarvan de rechter niet meent dat zijn arbitragewet de arbitrale beslechting begeleidt en controleert. Voor deze rechter, de enige bevoegde om de tenuitvoerlegging van de uitspraak binnen zijn forum te gelasten, is de arbitrage een "buitenlandse". Hij kan deze "buitenlandse" uitspraak uitvoerbaar verklaren wanneer zij definitief het geschil beslecht heeft (3). Het recht van het forum beschrijft hoe dit kan gebeuren (4). Ook talrijke arbitrageverdragen, waarvan de toepassingssfeer varieert, regelen deze materie.

(1) Zie LALIVE, 120 RdC (1967, I), 645-649.

(2) Zie nr. 83.

(3) Zie FIRTH, T., The finality of a foreign arbitral award, Arbitration Journal 1970, 1-22 ; SCHLOSSER, Schiedsgerichtsbarkeit, nr. 644-660.

(4) België : Ger. Wetb. art. 1719-1723. Zie BAUGNIET, J. en WESER, M., L'exequatur des jugements, des sentences et des actes authentiques, in Rapports belges au XVIIIe Congrès International de Droit Comparé, Brussel 1970, 195-216. Duitsland : Z.P.O. § 1044 ; Frankrijk : Cod. Proc. civ. art. 1020-1021 inzake de uitvoerbaarverklaring van inlandse uitspraken geldt tevens voor buitenlandse uitspraken (Cass. 27 juli 1937, Dall. 1938, J, 25) ; Engeland : Arbitration Act (1950), s. 35-38 ; Arbitration Act (1975).

91. De rechter, aan wie gevraagd wordt om een "buitenlandse" arbitrale uitspraak te erkennen en uitvoerbaar te verklaren, moet deze uitspraak toetsen aan een aantal criteria, waarvan twee de rechtsaanwending van de arbiters raken : het ene betreft de arbitrale rechtsaanwending om te oordelen over de geldigheid van de overeenkomst tot arbitrage ; het andere betreft het recht dat de arbiters aangewend hebben om de grond van het geschil te beslechten.

92. De rechter zal de geldigheid van de overeenkomst tot arbitrage nagaan : zonder geldige overeenkomst is er immers geen arbitrage mogelijk ; derhalve bestaat er dan ook geen geldige uitspraak, die erkend kan worden (1). Het is achterhaald dat de rechter, die een buitenlandse uitspraak uitvoerbaar moet verklaren, de geldigheid van de overeenkomst tot arbitrage toetst aan zijn eigen recht, omdat dit de "lex fori" is (2). Het is evenwel de vraag of de geldigheid van de overeenkomst tot arbitrage en de arbitreerbaarheid van het geschil moeten geapprecieerd worden volgens de wet, die voor elk der partijen de

-
- (1) SANDERS, International Commercial Arbitration, 120-122.
België : Ger. Wetb. art. 1704 (c) en 1723 ; Duitsland : Z.P.O. § 1044 I ; Frankrijk : Cass. 9 juli 1928, Dall. 1928, 496 : Engeland : Arbitration Act (1950), s. 37 (1) (a).
 Zie evenwel BGH 26 juni 1969, BGHZ 52, 184 : MDR 1969, 837 ; NJW 1969, 2093 waarin gesteld werd dat een Duitse firma, partij tot een arbitrage voor de Joegoslaafse Kamer van Koophandel, de ongeldigheid van de overeenkomst tot arbitrage slechts kon invoeren voor de Joegoslaafse rechter, die rechtsmacht over de arbitrage bezat en niet meer voor de Duitse rechter, die slechts de buitenlandse arbitrale uitspraak uitvoerbaar moest verklaren. Over dit onderwerp, zie tevens BULOW, A., Der Schiedsvertrag in dem Verfahren der Vollstreckbarerklärung eines ausländischen Schiedsspruches, NJW 1971, 486-491 ; BULOW, A., Der Schiedsvertrag im Exequaturverfahren, NJW 1972, 415-419 ; MEZGER, E., Verstoss gegen die öffentliche Ordnung bei Beurteilung ausländischen Schiedssprüche, NJW 1970, 368-370 ; SCHLOSSER, Schiedsgerichtsbarkeit, nr. 681-691.
- (2) Zie Verdrag van Genève (1927), art. 1. België : Beroep Brussel 1 juli 1931, Pandectes Periodiques 1931, 547 ; Duitsland : Z.P.O. § 1044 II 1 ; Engeland : Arbitration Act (1950), s. 37 (a) ; Frankrijk : Cassatie 9 juli 1928, Dall. Hebdomadaire, 1928, 496.

bevoegdheid tot arbitreran bepaalt ; volgens de "lex contractus", die elke overeenkomst regeert ; ofwel volgens de arbitragewet, die de arbitrale beslechting begeleidde (1). De bekwaamheid en bevoegdheid van partijen om de overeenkomst tot arbitrage af te sluiten wordt in elk geval door de wet van hun personeel statuut geregeld (2). Deze studie vertrekt van de veronderstelling dat de overeenkomst tot arbitrage geldig is. Bijgevolg wordt verder abstractie gemaakt van de toetsing van de normen, die de arbiters aanwendden om over de geldigheid van de overeenkomst tot arbitrage te oordelen.

93. De toetsing naar het recht, dat op de grond van het geschil aangewend werd. - het onderwerp van deze studie - blijft marginaal. De toetsing heeft slechts als doel na te gaan of de inhoud der uitspraak dermate indruist tegen de internationale openbare orde van zijn forum dat de uitspraak niet erkend mag worden (3).

-
- (1) Zie Verdrag van New York (1958), art. V, 1) a ; Europees Verdrag (1961), art. VI, 2. Deze verdragen poneren als eerste verwijzingsregel het recht van het land dat de partijen uitdrukkelijk (of stilzwijgend ?) kozen ; als subsidiaire verwijzingsregel het recht van het land waarvan de arbitragewet bevoegd was (VON HULSEN, Die Gultigkeit von internationalen Schiedsvereinbarungen, 99-105). Tevens BOHM, ZfRV 1968, 281-283 ; KLEIN, Considérations, 223 ; PLEWE, Die Schiedsgerichtsabrede, 67-101 ; SCHLOSSER, Schiedsgerichtsbarkeit, nr. 680 ; VON HOFFMANN, Internationale Handelschiedsgerichtsbarkeit, 60-62. Bijv. BGH 7 januari 1971, NJW 1971, 986 (Lex contractus) ; Beroep Parijs 25 januari 1972, Rev. Arb. 1973, 158 (arbitragewet). In Kph. Luik 17 maart 1975 (geciteerd door LEDOUX, J.T. 1976, 307) blijkt dat de Luikse rechter van oordeel was dat een overeenkomst tot arbitrage slechts geldig was, indien de arbitragewet van elk der partijen deze geldigheid erkende. LEDOUX, J.T. 1976, 309, stelt evenwel dat de geldigheid van de overeenkomst tot arbitrage krachtens het Verdrag van New York wordt bepaald volgens de arbitragewet, die de partijen opteerden of volgens de arbitragewet van de plaats waar de uitspraak geveld werd.
- (2) Zie Verdrag van New York (1958), art. V, 1) a ; Europees Verdrag (1961) art. VI, 2.
- (3) België : DERMINE, Arbitrage, nr. 168 ; Duitsland : BAUMBACH-SCHWAB, Schiedsgerichtsbarkeit, 238-239 ; BUHMANN, Das anzuwendende nationale Recht, 122-143 ; KORNBLUM, Grenzfrage des Ordre Public, KTS 1968, 143 ; VON HEYMANN, Der Ordre Public ; Engeland : RUSSELL, Arbitration, 336-341. Frankrijk : FOUCHARD, Arbitrage, nr. 729-735 ; KOPELMANAS, Rev. Trim. Dr. Com. 1957, 898-899 ; ROBERT, Arbitrage, nr. 471-479.

Het zou verwarrend zijn alle omstandigheden te schetsen, waarin de rechtsaanwending van een buitenlandse arbitrale uitspraak getoetst wordt. Het is meer belangrijk aan te tonen wat deze toetsing kan betekenen voor de tenuitvoerlegging van een buitenlandse arbitrale uitspraak, en hoe het mechanisme werkt. Wij zullen dit doen aan de hand van twee hypothese-gevallen en slechts vanuit een beperkte hoek, bijv. deze van de Belgische rechter.

De Belgische rechter, die verzocht wordt om een "buitenlandse" uitspraak uitvoerbaar te verklaren, moet onderzoeken of geen verdrag de tenuitvoerlegging regelt; anders biedt art. 1723 van het Gerechtelijk Wetboek de criteria die voor de erkenning van een buitenlandse arbitrale uitspraak gesteld worden (1).

Van de verdragen kan trouwens meer dan één relevant zijn voor de erkenning. Wanneer de erkenning krachtens verdrag geschiedt, mag de Belgische rechter de arbitrale uitspraak erkennen zodra één van de toepassbare verdragen de erkenning toelaat.

Het meest recente arbitrageverdrag is het Europees Verdrag inzake de internationale handelsarbitrage (1961), dat België met een tiental landen verbindt (2). Dit Verdrag is slechts van toepassing indien de partijen tot de arbitrage gevestigd zijn in staten, die partij tot het Verdrag zijn (art. I, a). Het regelt de tenuitvoerlegging van een "buitenlandse" uitspraak, die gevelde werd op het grondgebied of volgens de arbitragewet van een staat, die eveneens een Verdragspartij is (art. IX). Het Europees Verdrag sluit evenwel de toepassing niet uit van andere arbitrageverdragen. (art. X, 7).

Iets ouder is het Verdrag van New York over de erkenning en de uitvoering van buitenlandse scheidsrechterlijke uitspraken (1958) (3). De Belgische rechter zal derhalve moeten nagaan of de arbitrale uitspraak gevelde werd op het grondgebied van één van het vijftigtal andere verdragspartijen. Het Verdrag van New York belet evenwel niet dat andere arbitrageverdragen eveneens van toepassing zijn (art. VII).

- (1) Ger. Wetb. art. 1723 : "Tenzij er toepassing is van een verdrag tussen België en het land waar de uitspraak is gegeven ...".
- (2) Belg. Staatsblad 17 februari 1976, 1691. Zie BAUER, Recht in Ost und West, 1970, 61-65; GENTINETTA, Lex Fori, 307-340; KAISER, Das europäische Ubereinkommen.
- (3) Belg. Staatsblad 15 november 1975, 14410. België maakte het voorbehoud, door art. I lid 3 toegestaan, waardoor het Verdrag slechts geldt voor uitspraken die gevelde werden op het grondgebied van een andere Verdragspartij. Zie BERTHEAU, Das New Yorker Abkommen; GENTINETTA, Lex Fori, 271-307.

Een tiental landen, die geen partij zijn tot het Verdrag van New York, zijn met België verbonden door het Verdrag van Genève voor de uitvoering van vreemde scheidsrechterlijke uitspraken (1). Dit Verdrag regelt de tenuitvoerlegging van arbitrale uitspraken, wanneer de staat, waar de uitspraak geveld is en de staten, waarvan de partijen tot de arbitrage onderdaan zijn, partij zijn tot het Verdrag van Genève. Dit Verdrag is evenwel niet van toepassing op een arbitrale uitspraak, die krachtens het Verdrag van New York kan erkend worden (2).

De tenuitvoerlegging van uitspraken, in Frankrijk, Nederland, Duitsland, Zwitserland of Oostenrijk geveld, is eveneens mogelijk krachtens een bilateraal verdrag tussen België en één van deze landen (3).

Zowel de tenuitvoerlegging krachtens art. 1723 van het Gerechtelijk Wetboek als krachtens het Europees Verdrag, het Verdrag van New York, het Verdrag van Genève en de bilaterale verdragen kan geweigerd worden wanneer de rechter meent dat de tenuitvoerlegging de Belgische internationale openbare orde zou schenden (4).

Een concessie van alleenverkoop werd afgesloten tussen de Duitse autofabriek N.S.U. - Auto-Union en een Luikse autoverdelers. N.S.U. - Auto-Union wilde vermijden dat de Luikse verdeler bij de beëindiging van de concessie de ruime schadevergoeding zou innen welke hem ingevolge de Belgische wet van 27 juli 1961 kan worden toegekend. Om deze reden bepaalde de overeenkomst dat het Duitse recht, dat geen gelijkaardig recht op schadevergoeding kent, de overeenkomst zou beheersen. Dergelijk beding kan de Belgische rechter evenwel niet beletten om de wet van 1961 toe te passen (5).

-
- (1) Belg. Staatsblad 11 juli 1929. GENTINETTA, Lex Fori, 238-271. In Brazendale & Co. Ltd. v. Saint-Frères, S.A., (1970) 2 Lloyd's Rep. 34, wordt gesteld dat "onderdaan" in feite "verblijvend in" of "handel drijvend in" beduidt.
 - (2) Verdrag van New York, art. VII, lid 2.
 - (3) Verdrag met Frankrijk van 8 juli 1899, art. 15 ; Verdrag met Nederland van 20 maart 1925, Art. 15 ; Verdrag met Duitsland van 30 juni 1958, art. 13 ; Verdrag met Zwitserland van 29 april 1959, art. 9 ; Verdrag met Oostenrijk van 16 juni 1959, art. 6.
 - (4) Ger. Wetb., art. 1723 ; Europees Verdrag : art. IX, 2 en X, 7 ; Verdrag van New York : art. V, 2, b ; Verdrag van Genève, : art. 1, e ; Bilaterale Verdragen met Frankrijk, art. 15 ; Nederland, art. 15 ; Duitsland, art. 13 ; Zwitserland, art. 9 ; Oostenrijk, art. 6. Zie over de inhoud van de internationale openbare orde : VAN HOUTTE, H., De openbare orde als vereiste voor de erkenning en tenuitvoerlegging van buitenlandse vonnissen, R.W. 1973-1974, 737-762.
 - (5) De Belgische rechter is immers gehouden aan de normen van zijn forum (wet van 27 juli 1961, art. 4: "In geval het geschil voor een Belgische rechtbank wordt gebracht, zal deze uitsluitend de Belgische wet toepassen").

Om dit probleem te omzeilen bepaalde de overeenkomst tevens dat elk geschil in Zwitserland diende gearbitreerd te worden. De autofabrikant verwachtte immers dat de arbiters de toepassing van het geopteerde Duitse recht zouden prefereren boven de Belgische wet van 1961. De wet van 1961 (art. 4) verklaart evenwel de Belgische rechter steeds bevoegd om over een vordering tot schadevergoeding wegens beëindiging van de concessie te oordelen.

Bij de beëindiging van de concessie zag de Luikse verdeler geen heil in de Zwitserse arbitrage. Hij vorderde voor de Luikse rechter een schadevergoeding, toegekend door de Belgische wet van 1961 en begroot op 480 miljoen Belgische franken. Noodgedwongen en tegen zijn zin stelde de verdeler eenzelfde eis in voor de Zwitserse arbiters, toen de tegenpartij de arbitrage op gang bracht om de Luikse rechter de pas af te snijden. De verdeler weigerde evenwel een compromis te ondertekenen. Het compromissoir beding, waarvan hij trouwens steeds de geldigheid bleef betwisten, gold derhalve als overeenkomst tot arbitrage. De arbiters wezen elke eis tot schadevergoeding af omdat de "lex contractus", het Duitse recht, geen schadevergoeding toestond.

Vermits in deze studie verondersteld wordt dat de arbiters tot oordelen bevoegd zijn, wordt abstractie gemaakt van de vraag naar de geldigheid van het compromissoir beding (1).

Het Hof van Beroep te Zürich bevestigde trouwens de geldigheid van het compromissoir beding. De arbitrale uitspraak werd met het Zwitsers exequatur bekleed.

Is dergelijke uitspraak die de eis tot schadevergoeding bij de beëindiging van een concessie-overeenkomst afwijst - abstractie gemaakt van de vraag naar de geldigheid van het compromissoir beding - in België erkenbaar, ook al pasten de arbiters het Duitse recht toe waar het Belgische recht de aanwending van de Belgische wet van 1961 voorschrijft? Mag de Belgische rechter, die zelf de wet van 1961 moet

-
- (1) De Luikse Rechtbank van Koophandel verklaarde, m.i. ten onrechte, dat deze geldigheid afhangt van de persoonlijke wet van de partijen, die hun bevoegdheid tot arbitrage bepaalt. Vermits de Belgische wet van 1961 het compromissoir beding verbiedt, was dit beding en derhalve de overeenkomst tot arbitrage ongeldig. Deze opvatting verleent echter een te groot toepassingsgebied aan de wet, die voor elke partij de bevoegdheid regelt. Het lijkt meer aangewezen de geldigheid te bepalen volgens de "lex contractus" (Duits recht) of de wet, die op de arbitrale beslechting van toepassing was (Zwitsers recht). Beide rechtssystemen verklaren het compromissoir beding in deze omstandigheden geldig. Zie over dit geval : LEDOUX, La Convention de New York et la Convention européenne sur l'arbitrage international et les concessions de vente en Belgique, J.T. 1976, 305-306.

toepassen, een Zwitserse arbitrale uitspraak, waarin dit niet gebeurde, erkennen inzake een geschil waarover eerder hijzelf dan de Zwitserse arbiter de natuurlijke rechter was ? Zo ja, heeft de arbitrale uitspraak gezag van gewijsde waardoor geen Belgische rechtbank meer schadevergoeding voor de beëindiging van de concessie-overeenkomst mag toekennen (1) ?

De tenuitvoerlegging wordt geregeld door het Verdrag van New York, vermits niet alleen België, maar ook Zwitserland, waar de uitspraak geveld werd, partij is tot dit Verdrag. Ook het Belgisch-Zwitsers Verdrag is van toepassing. Niet het Europees Verdrag vermits Duitsland en België (de landen der partijen) wel, maar Zwitserland (land der arbitrage) hiervan geen verdragspartij is. Zowel het Verdrag van New York als het Belgisch-Zwitsers Verdrag verbieden de Belgische rechter om een arbitrale uitspraak uitvoerbaar te verklaren, die indruist tegen de Belgische internationale openbare orde. Een buitenlandse uitspraak, die de wet van 1961 niet toepast, druist evenwel niet in tegen die (beperkt opgevatte) internationale openbare orde (2). Derhalve zou de uitspraak in België uitvoerbaar zijn ondanks het feit dat de Zwitserse arbiters een ander recht toepasten dan de Belgische rechter had gedaan (3).

De erkenning van de uitspraak wordt niet belet omdat in België een compromissoir beding mbt. een schadevergoeding ongeldig zou zijn op grond van de wet van 1961 (4). Het Verdrag van New York stelt enkel dat de Zwitserse uitspraak niet erkend moet worden wanneer het geschil niet arbitreerbaar is ; niet wanneer het compromissoir beding uitgesloten is (5). Vermits partijen bij het beëindigen van de concessie over de schadevergoeding een dading kunnen aangaan, is het geschil arbitreerbaar ; zelfs al konden partijen, vooraleer de concessie beëindigd was, niet geldig voor arbitrage opteren.

Veronderstellen wij dat de Zwitserse arbitrale uitspraak wel het Belgisch recht had toegepast, maar dat N.S.U. - Auto-Union voor de Belgische rechter zou inroepen dat de concessie-overeenkomst strijdig is met art. 85 van het E.E.G.-verdrag, en derhalve nietig is. Indien deze bewering juist is, zou de Belgische rechter de uitspraak niet mogen erkennen en tenuitvoer leggen. Art. 85 is in de E.G.-lidstaten immers een norm van internationale openbare orde, waarvan de miskenning de tenuitvoerlegging van een buitenlandse arbitrale uitspraak

(1) Zie Cass. 29 maart 1973, J.T. 1973, 389.

(2) Zie Kph. Brussel 26 mei 1970, J.T. 1970, 532.

(3) Idem : LEDOUX, J.T. 1976, 309.

(4) Zie nr. 6.

(5) Art. V, 2, a.

in de weg staat (1).

§ 4. Invloed van de rechterlijke toetsing op de arbitrale rechtsaanwending

94. De mogelijkheid, dat een rechter de arbitrale uitspraak toetst naar de rechtsaanwending, kan de arbiters bij de rechtsaanwending beïnvloeden.

Om diverse redenen worden arbitrale uitspraken weliswaar vrijwillig uitgevoerd, zodat in vele gevallen de arbitrale rechtsaanwending niet door een rechter gecontroleerd wordt (2).

Veelal aanvaardt de verliezende partij dat de arbiters, die als deskundigen gekozen werden, juist oordeelden. Deze partij kan tevens opzien tegen de risico's van een gerechtelijke procedure. Bij handelsarbitrage speelt er nog een andere drijfveer mee : meestal verstoort het geschil, dat aan arbiters werd voorgelegd, slechts in een beperkte mate de handelsrelatie tussen de partijen ; een weigering om de uitspraak uit te voeren zou daarentegen elke verdere handel tussen hen onmogelijk maken. Bij sectoriële arbitrage behoren de partijen trouwens tot hetzelfde bedrijfsmilieu : indien bekend zou raken dat één van hen een uitspraak niet vrijwillig uitvoerde, zouden ook de andere ondernemingen uit het milieu hem als handelspartner mijden. De bedrijfsvereniging, die arbitrage organiseert, neemt daarenboven soms sancties tegen de partij, die de arbitrale uitspraak niet vrijwillig uitvoert (3) : deze laatste kan tot het betalen van een boete veroordeeld worden ; zij kan ook figureren op een "zwarte lijst" van hen, die zich niet aan arbitrage-afspraken houden en met wie het niet goed is handel te drijven (4). De leden van de bedrijfssector zullen dan

(1) Zie MEGRET, J., e.a., Le droit de la communauté économique européenne, deel 4, Brussel 1972, nr. 123-124 ; SCHLOSSER, Schiedsgerichtsbarkeit, nr. 749.

(2) Bijv. nagenoeg 85 % van de uitspraken der I.K.K. worden vrijwillig uitgevoerd. Zie tevens EISEMANN, Ann. Liège, 1964, 103 ; FAURE, 15 I.C.L.Q. (1966), 736-742 ; FOUCHARD, Arbitrage, nr. 644-648 ; GENTINETTA, Lex Fori, 42-43, SANDERS, N.T.I.R. 1956, 299.

(3) Zie FOUCHARD, Arbitrage, nr. 649-704.

(4) Bijv. International Wol Akkoord, art. IV : "Si l'une des parties mises en cause dans l'arbitrage refuse de se soumettre aux règles et à la procédure ... ou de respecter la décision prise par les arbitres, le Comité National Lainier de l'autre partie pourra porter le fait à la connaissance du Secrétariat de la Fédération Lainière Internationale avec le nom de la partie qui a violé ses engagements, et ce sans préjudice de la procédure d'exécution normale des sentences arbitrales".

voortaan mijden met deze partij te handelen (1).

Het is mogelijk dat een partij onwillig is ; dat zij weigert de uitspraak uit te voeren of de rechter vraagt deze te vernietigen. Zoals hoger beschreven zal de rechter, die de arbitrale beslechting begeleidt en controleert - en elke rechter, aan wie de erkenning of tenuitvoerlegging gevraagd wordt - de uitspraak naar de rechtsaanwending moeten toetsen. Het aantal landen, waarvan de rechters met enige waarschijnlijkheid de uitspraak zullen toetsen, is beperkt. De arbiters dienen evenwel met deze mogelijke toetsing rekening te houden. Zij moeten het recht zo aanwenden dat hun uitspraak bij deze toetsing geen gevaar loopt om niet erkend te worden of onuitvoerbaar te zijn (2). Het is immers hun opdracht het geschil doeltreffend te beslechten.

De partijen kunnen de beslechting van een geschil daarentegen toevertrouwen aan een buitenlandse arbitrage omdat hun bedoeling is dat de arbiters bepaalde normen, die de eigen rechter wél zou toepassen, juist niet zouden aanwenden. Een buitenlandse uitspraak, die normen over het hoofd ziet welke de rechter uit het land van de verliezende partij als van openbare orde beschouwt, is uiteraard niet in dit land uitvoerbaar. Heeft deze omstandigheid tot gevolg dat de buitenlandse arbiters wel - en tegen de bedoeling van de partijen in - deze normen

-
- (1) Het was een lid van de Antwerpse Arbitrale Kamer voor Granen en Zaden zelfs toegelaten een overeenkomst te verbreken omdat haar tegenpartij op dergelijke "zwarte lijst" opgeschreven werd (Hrb. Antwerpen 12 januari 1922, Jur. Anv. 1922, 14).
- (2) Zie GENTINETTA, Lex Fori, 271 ; WENGLER, R.C.D.I.P. 1971, 655. I.K.K. arbitragereglement, art. 28 schrijft de arbiters en het Arbitrage-Hof voor om alles in het werk te stellen (inclusief de correcte rechtsaanwending) opdat de arbitrale uitspraak in rechte afdwingbaar zou zijn.
- De overeenkomst tot oprichting van de S.A.S.-luchtvaartmaatschappij legt de arbiters op om erover te waken "that the award is given in such form that it can be executed against the losing party in accordance with its national law" (GOLDMAN, 109 RdC (1963, II), 399-401).

van openbare orde moeten toepassen ?

"L'arbitrage pour l'arbitrage" lijkt in elk geval uitgesloten. De arbiters mogen hun opdracht slechts aanvaarden wanneer de arbitrage zinvol is, nl. wanneer een redelijke kans bestaat dat de uitspraak vrijwillig zal uitgevoerd worden of dat dwanguitvoering mogelijk is. Het kan niet ontkend worden dat partijen soms een arbitrage in het buitenland organiseren om het eigen recht te ontduiken. Het feit dat partijen om deze reden de arbitrage in het buitenland laten plaats grijpen, en dat de arbiters hen hierbij zouden helpen, choqueert de eigen rechter van partijen uiteraard veel meer dan een buitenlandse rechter. Bijgevolg lijkt het best mogelijk dat de uitspraak, weliswaar onuitvoerbaar in het land van één der partijen, erkend en uitvoerbaar kan zijn in andere landen (1). Dit is een tekortkoming, maar tevens een realiteit van de huidige internationale gemeenschap.

Op het eerste zicht wordt dergelijke wetsontduikende arbitrage evenwel belemmerd door de vereiste dat de overeenkomst tot arbitrage geldig moet zijn.

Indien het compromissoir beding als overeenkomst tot arbitrage geldt (omdat geen compromis gesloten werd (2)) zou logischerwijze het compromissoir beding nietig zijn wanneer het de ontduiking van de wet, die de overeenkomst, waarvan het beding deel uitmaakt, beheerst, tot doel heeft. Het arbitragerecht heeft evenwel eigen regelen, die deze redenering in de weg staan. Het wordt in het midden gelaten of de autonomie van het compromissoir beding (3), waardoor dit beding losgekoppeld wordt van de overeenkomst, waarin het vervat ligt, tevens insluit dat het beding niet door hetzelfde recht als de overeenkomst geregeerd wordt ; zo ja, dan ontduikt het beding niet het recht, waar-

(1) Zie bijv. SCHLOSSER, Schiedsgerichtsbarkeit, nr. 308-310.

(2) Zie nr. 7.

(3) Zie nr. 90.

door het geregeerd wordt. Partijen kunnen evenwel bepalen dat de overeenkomst, waarin het compromissoir beding vervat ligt, beheerst wordt door een ander recht dan hetgeen waarvan zij de toepassing willen vermijden. De rechter van het land, waarvan het recht vermeden werd, zal dergelijke rechtsoptie waarschijnlijk ongeldig verklaren. Voor rechters uit andere landen, en ook voor de arbiters die in het buitenland zetelen, is deze optie evenwel geldig. Het is aan het geopteerde recht, en niet aan het ontweken recht, dat zij het compromissoir beding moeten toetsen (1).

Sluiten de partijen daarentegen een compromis, nadat het geschil ontstaan is, dan wordt het probleem anders gesteld. De wet, die het compromis regeert, is niet noodzakelijk deze die de litigieuze overeenkomst regeert. Indien in het compromis geen recht aangeduid werd, wordt het waarschijnlijk beheerst door het recht van de plaats waar de overeenkomst uitgevoerd moet worden (m.a.w. waar de arbitrage plaats heeft) ; vooral wanneer de partijen de voorzorg namen het compromis ook aldaar te ondertekenen. Volgens het recht van dit land zal het compromis, dat de arbitrage aldaar organiseert, meestal niet beschouwd worden als een onduldbare ontduikingspoging van het recht van één der partijen, maar als een uiting van contractuele vrijheid.

De arbitrageovereenkomst, indien door beide partijen met de arbiters gesloten, vervangt trouwens compromissoir beding en compromis. Doorgaans is op deze overeenkomst het recht van de plaats der arbitrage van toepassing omdat zij aldaar gesloten en uitgevoerd wordt. Dit sluit in dat de bevoegdheid en rechtsmacht der arbiters volgens het recht van de plaats der arbitrage moeten geapprecieerd worden (2).

(1) Zie Verdrag van New York, art. V, 1, a ; Europees Verdrag art. VI, 2.

(2) Deze opvatting gaat verder dan het Verdrag van New York, art. V, I, a en het Europees Verdrag, art. VI, 2, waar deze stellen dat enkel indien in de overeenkomst tot arbitrage geen recht geopteerd werd, de geldigheid van deze overeenkomst moet geapprecieerd worden volgens het recht van dat land waar de beslechting plaats heeft.

Altenmüller poneert weliswaar dat het compromisoir beding en het compromis ongeldig zijn wanneer een partij, krachtens het eigen recht (dat in het I.P.R. het personeel statuut, o.m. de bevoegdheid, bepaalt) geen bevoegdheid heeft om een arbitrage op gang te brengen waarin de normen van openbare orde van dit eigen recht niet zouden toegepast worden (1). Deze opvatting kwalificeert evenwel elementen van de overeenkomst, welke normaal door de "lex contractus" geregeld worden, als een bevoegdheidsprobleem dat door de wet van het personeel statuut geregeerd wordt. Dergelijke uitholling van de "lex contractus" en aandikken van de wet van het personeel statuut lijkt in het huidige I.P.R. niet aanvaard.

(1) ALTENMÜLLER, Die schiedsrechterliche Entscheidung kartellrechtlicher Streitigkeiten, 108. Zie tevens Kph. Luik 17 maart 1976, geciteerd door LEDOUX, J.T. 1976, 306-307 ; Verdrag van New York, art. V, 1, a ; Europees Verdrag, art. VI, 2.

HOOFDSTUK V

TRANSNATIONALE HANDELSARBITRAGE§ 1. Handelsarbitrage

95. Het was de bedoeling van de Franse en Duitse arbitragewet om de partijen door formele vereisten ervoor te behoeden om zich onbesuisd op het arbitragepad te begeven. Het bleek echter dat de arbitrage van handelsgeschillen niet geperst kon worden in het keurslijf dat de Franse of Duitse wetgever voor de arbitrage uitgedacht had. De "handelsarbitrage" verkreeg derhalve in het Franse en Duitse arbitrage-recht een meer soepele regeling, die beter aangepast is aan de eisen, welke een vlot handelsverkeer aan de beslechting stelt.

De Franse rechter vreesde dat een partij, door bij de ondertekening van een overeenkomst onnadenkend een hierin opgenomen compromissoir beding te onderschrijven, tegen haar wil zou terecht komen in de arbitrale maalstroom. Derhalve was aanvankelijk elk compromissoir beding ongeldig. Nadat het geschil ontstaan was - en niet ervoor - kon men tot een arbitrage toestemmen. Hierdoor verloor de arbitrage evenwel veel van haar nut : weinig partijen willen immers tot een arbitrage toestemmen nadat het geschil gerezen is. Dit gebrek werd vooral als hinderlijk gevoeld bij de handelsarbitrage, waar voor de arbitrage de grootste rol leek weggelegd. Om deze reden maakte de Franse wetgever één uitzondering op de ongeldigheid van het compromissoir beding : voor "handelsgeschillen" zou het compromissoir beding wél gelding zijn (1). Geschillen tussen handelaars of bankiers inzake verbintenissen of verrichtingen, geschillen tussen elkeen inzake handeldaden en geschillen tussen vennoten mbt. hun vennootschap, werden door de Franse wetgever als dergelijke "handelsgeschillen" betiteld.

Het onderscheid tussen handelsarbitrage en de overige arbitrage speelt tevens een grote rol bij een arbitrale procedure, die in Frankrijk

(1) Wet 31 december 1925 tot invoering van Code de Commerce art. 631, ROBERT, Arbitrage, nr. 97-113 ; zie tevens Cass. 13 november 1967, Rev. Arb. 1967, 116.

gehouden wordt op grond van een compromissoir beding dat elders afgesloten werd. Een compromissoir beding, geldig in het land waar het afgesloten werd, dat geen handelsgeschil betreft, wordt in Frankrijk niet erkend op grond van het Protocol van Genève (1923). Buitenlandse uitspraken, die geen handelsgeschil betreffen, worden in Frankrijk niet erkend krachtens het Verdrag van Genève (1927) of van New York (1958). Frankrijk beperkte de toepassingsfeer van deze drie verdragen immers tot de arbitrage van handelsgeschillen (1).

De Duitse wetgever koesterde een analoog wantrouwen tegenover de arbitrage. Z.P.O. § 1027 I stelt dat partijen slechts tot arbitrage gehouden zijn indien zij een aparte en schriftelijke overeenkomst tot arbitrage gesloten hebben. Deze regel geldt evenwel niet wanneer het geschil een handelstransactie betreft en wanneer geen partij een particulier of wat het Duitse recht een "Minderkaufmann" noemt, is (Z.P.O. § 1027 II). In dit geval is een compromissoir beding, dat zelfs stilzwijgend gesloten mag zijn, bindend.

De Duitse "handelsarbitrage" lijkt beperkter dan de Franse. In Frankrijk behoren geschillen tussen vennoten over de vennootschap of handelsgeschillen met partijen, die geen handelaars zijn, eveneens tot het domein der "handelsarbitrage". In Duitsland moeten de partijen steeds handelaars zijn en dient het geschil bovendien een handelstransactie te betreffen, wil men voor "handelsarbitrage" staan. De criteria van onderscheid tussen "handelsarbitrage" en gewone arbitrage refereren naar het Franse, respectievelijk Duitse recht. Van dergelijke nationale bepaling kan men echter niet vertrekken om de term "handelsarbitrage" te definiëren zoals hij in deze rechtsvergelijkende studie bedoeld wordt.

96. De algemene inhoud van het begrip "handelsarbitrage" zou men kunnen zoeken in de multilaterale arbitrageverdragen (2). Doch ook hieruit valt niet veel af te leiden. Het voorontwerp van het Verdrag van New York (1958) was enkel bedoeld om de arbitrage van handelsgeschil-

(1) Protocol van Genève (1923) : zie ROBERT, Arbitrage nr. 272 ; Verdrag van Genève (1927) : zie BERNARD, Arbitrage, nr. 811 ; Verdrag van New York (1958) : ROBERT, Arbitrage, 603 ; Décret 1 septembre 1959, R.C.D.I.P. 1959, 522.

(2) VON HOFFMANN, Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, 52.

len te regelen. Een definitie van wat men onder "handelsgeschil" begrijpen moest bleek evenwel onmogelijk. De ontwerpers lieten derhalve hun aanvankelijk opzet, om het verdrag tot de handelsarbitrage te beperken, varen. De vertegenwoordigers van België en Frankrijk verklaarden echter dat hun landen het Verdrag nooit zouden ondertekenen indien het tevens van toepassing zou zijn op arbitrage van niet-commerciële geschillen. Om deze reden voerden de ontwerpers de mogelijkheid van een voorbehoud in om de toepassingsfeer van het Verdrag te beperken tot arbitrage van geschillen, ontstaan uit rechtsverhoudingen, die door het recht van de voorbehoudmakende staat als van commerciële aard bestempeld worden (art. 1, lid 3) (1). Het Verdrag van New York definieert derhalve niet wat een handelsarbitrage is, doch verwijst hiervoor naar het eigen recht der voorbehoudmakende staten. Het Europees Verdrag van Genève over de internationale handelsarbitrage (1961) betreft - zoals uit de titel blijkt - enkel de handelsarbitrage. Hierdoor worden geschillen bedoeld, gerezen uit "handelsverrichtingen" (art. I, lid 1). Het Verdrag omschrijft evenwel niet welke verrichtingen dit zijn. Men kan het begrip "handelsverrichtingen" juridisch benaderen : ofwel stelt men dat elke rechter dit begrip inhoud moet geven aan de hand van zijn eigen recht (2) - zodat de toepassingsfeer van het Europees Verdrag van land tot land zal verschillen ; ofwel poogt men een algemene, juridische definitie te formuleren (3). Men kan het begrip "handelsverrichtingen" ook economisch benaderen. Een economische definitie zou overbodig kunnen zijn omdat uit een economische analyse van een transactie onmiddellijk zou blijken of men tegenover een handelsverrichting staat of niet (4). Niettemin definieerden de voorbereidende werken van het Europees Verdrag

(1) GENTINETTA, Lex Fori, 292-293.

(2) Zie bijv. KLEIN, ZZP 1963, 346.

(3) BUHMANN, Das anzuwendende nationale recht, 18-19 ; KAISER, Das europäische Ubereinkommen, 57 ; MEZGER, 29 RabelsZ. (1965), 240.

(4) "Was eindeutig nicht als Handel betrachtet werden kann, bietet im Einzelfall festzustellen keine Schwierigkeiten. Und das genügt" (GENTINETTA, Lex Fori, 19-20) lijkt evenwel te simplistisch.

"handelsverrichtingen" als daden die een ruilverkeer van goederen, diensten en kapitalen teweegbrengen (1). Samen met Fouchard kunnen wij dit criterium tot het onze maken (2).

97. Het criterium van onderscheid tussen handelsarbitrage en andere arbitrage ligt bijgevolg in het economisch voorwerp van de transactie, waaruit het te arbitreren geschil gesproken is ; en niet in de juridische hoedanigheid van hen, die de handeling stellen. Handelsverrichtingen zijn niet daden, die door kooplui gesteld worden ; maar transacties, die in de handelswereld thuis horen. Om handelsverrichtingen te stellen moet men derhalve niet noodzakelijk als handelaar bekend staan. Ook staten of andere publiekrechtelijke instellingen kunnen onder elkaar, of met particulieren, handel drijven. Arbitrage over handelsverrichtingen met een staat als partij, is bijgevolg eveneens handelsarbitrage.

Van oudsher zijn de negotie en het transport van grondstoffen en producten de handelsverrichtingen bij uitstek ; de beslechting der geschillen, die hieruit voortvloeien, maken zelfs tot heden het leeuwenaandeel uit van wat door handelsarbitrage beslecht wordt. De stijgende industrialisatie, die de technische vooruitgang vergezelt, beïnvloedde anderzijds het handelsbeeld ; heden worden niet alleen grondstoffen en producten, maar ook uitvindingen, ontginningsrechten, technische bijstand, fabrieken, enz., verkocht. Investeringsakkoorden en leveringscontracten, de basis voor deze industrialisatie, zijn eigentijdse handelsinstrumenten. Arbitrage biedt de kundige en verfijnde beslechting die vereist is voor geschillen over deze overeenkomsten (3).

-
- (1) Doc. Trade / W.P. / 1/29 van 15.1.1959, Bijvoegsel : Art. I, 1 a. VON HOFFMANN, Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, 52.
 - (2) FOUCHARD, Arbitrage, nr. 27.
 - (3) Zie hierover de interessante verslagen voor het IVE Internationaal Congres over Arbitrage (Moskou 1972) zoals gepubliceerd in de Rev. Arb. van 1972 ; DE ABRANCHES, STROHBACH, STUMPF, Arbitrage et contrats relatifs aux travaux scientifiques, technologiques et de recherche, ainsi que ceux sur l'utilisation d'invention et de know-how (p. 279-336) ; BRATOUS, Arbitrage et coopération internationale en vue du développement industriel, scientifique et
.../...

Ook in het zeerecht neemt de handelsarbitrage een bijzondere plaats in, ondermeer om het bedrag der bergingsvergoeding te bepalen (1) en ter beslechting van geschillen uit bevrachtingscontracten (2).

§ 2. Transnationale Handelsarbitrage

98. "Internationale handelsarbitrage", een meer vertrouwd begrip dan "transnationale handelsarbitrage", laat zich moeilijk definiëren.

99. Zoals "handelsarbitrage" heeft "internationale arbitrage" in het Franse recht een eigen functie. De Franse arbitragewet, te verouderd om te beantwoorden aan de eisen die het moderne handelsverkeer aan de arbitrage stelt, werd - door het invoeren van speciale regels voor de "internationale arbitrage" - op verscheidene punten verfijnd. De "internationale arbitrage" heeft aldus in Frankrijk een eigen statuut

.../...

technique (p. 173-200) ; KAMENOV, Problèmes de procédure dans l'arbitrage portant sur des litiges nés des contrats de coopération industrielle, scientifique et technique (p. 414-425) ; RUCAREANU, Arbitrage et contrats en matière de projet d'installations industrielles, de fournitures et de montage (p. 249-265) ; STERN, Arbitrabilité des litiges portant sur des projets de grands travaux (p. 266-278). Zie tevens : DEBEVOISE, The arbitrability of gaps in long term scientific, technical and industrial development contracts, Harv. Int. L.J. 1976, 122-130; HOLTZMANN-BERNINI, Les techniques permettant de résoudre les problèmes qui surgissent lors de la formation et de l'exécution des contrats à long terme, Rev. Arb. 1975, 18-59 ; MAIRE, Problèmes de qualification juridique et de détermination du droit applicable aux accords de coopération économique et industrielle, Annales d'études internationales 1974, 93-103 ; MATTEI, Arbitration and contracts of international industrial cooperation, Arbitrage commercial Minoli ; SANDERS, RdC (1975) nr. 11-12 ; SUY, De contracten tussen ontwikkelingslanden en vreemde investeerders, 1004-1006.

- (1) SCHIMSKI, J., Arbitration of Marine Salvage Claims at Lloyd's, Arbitration 1957, 133-139 ; M.A.C.
- (2) CHESTERMAN, J., Shipping and arbitration, Arbitration 1958, 1-3 ; BARCLAY, C., Arbitration and shipping, Arbitration 1967, 3-7 ; IDEM, Arbitration in maritime technical disputes, Arbitration 1969, 151-158.

verworven (1). Het lijkt evenwel onjuist - zoals Fouchard doet - om uit het speciale statuut, dat de "internationale handelsarbitrage" in Frankrijk geniet, af te leiden dat de "internationale handelsarbitrage" universeel anders behandeld wordt dan de andere handelsarbitrage (2).

Zoals bekend maakt het compromissoir beding deel uit van de overeenkomst. De nietigheid van de overeenkomst sluit logischerwijze de nietigheid van het compromissoir beding in. Wanneer geen compromis gesloten werd, zouden arbiters bijgevolg onmogelijk de nietigheid van de litigieuze overeenkomst kunnen uitspreken. Door de nietigheid van de overeenkomst zou tevens het compromissoir beding, dat dienst doet als overeenkomst tot arbitrage, ongeldig worden zodat de arbiters onbevoegd worden. Deze beperking van de arbitrale rechtsmacht wordt verholpen wanneer men aanvaardt dat het compromissoir beding los ("autonoom") staat van de overeenkomst en haar andere bedingen : in dat geval betekent de nietigheid van de overeenkomst immers niet noodzakelijk de nietigheid van het compromissoir beding (3).

Deze autonomie bestaat niet in het Engelse recht (4) ; wel in het Belgische en Duitse (5). In het Franse recht wordt de autonomie van het compromissoir beding slechts uitzonderlijk erkend, nl. bij de hier te bespreken "internationale arbitrage" (6). Hieronder verstaat men de arbitrage over een overeenkomst die de internationale handel aanbelangt. Zelfs al is een overeenkomst, die de internationale handel aanbelangt, nietig, toch blijft het compromissoir beding, dat erin vervat ligt, geldig. Bijgevolg blijven de arbiters in dat geval bevoegd tot beslechten, ook al fungeert het compromissoir beding uit deze nietige overeenkomst,

-
- (1) Zie bijv. FOUCHARD, L'autonomie de l'arbitrage international, Rev. Arb. 1965, 99-110.
 - (2) Zie FOUCHARD, Quand un arbitrage est-il international ?, Rev. Arb. 1970, 72-75.
 - (3) Cfr. KLEIN, Du caractère autonome de la clause compromissoire, R.C.D.I.P. 1961, 506-510.
 - (4) Zie bijv. Joe Lee Ltd. v. Lord Dalmeny and others, (1927), I Ch. 300.
 - (5) België : Ger. Wetb. : art. 1697, lid 2.
Duitsland : Zie bijv. BGH 14 mei 1952, MDR 1952, 487 ; NJW 1952, 1018.
 - (6) FRANCESKAKIS, Ph., Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord compromissoire, Rev. Arb. 1974, 67-87.

bij gebrek aan compromis, als overeenkomst tot arbitrage (1).

Naar Frans recht sluit de autonomie van het compromissoir beding bij internationale arbitrage tevens in dat dit beding niet door hetzelfde recht geregeerd moet worden als de overige bedingen der overeenkomst. Hierdoor kan het compromissoir beding geldig blijven, zelfs indien het normaliter volgens de "lex contractus" van de overeenkomst nietig zou zijn (2).

Door het onderscheid tussen internationale en andere arbitrage kan de Franse rechter ook de ongeldigheid van de overeenkomst tot arbitrage - inzake geschillen die de openbare orde raken - ontwijken. Indien de arbitrage "internationaal" is, blijft de overeenkomst tot arbitrage in dit geval immers geldig (3).

Het begrip "internationale arbitrage" verfijnt het Franse arbitrage-recht nog op een andere manier. Het verbod voor de staat en andere publiekrechtelijke instellingen om zich aan arbitrage te onderwerpen zou niet voor de arbitrage over internationale contracten gelden (4).

-
- (1) Zie bijv. Cassatie 7 mei 1963, Clunet 1964, 82 met noot BREDIN ; Dall. 1963, J., 545 met noot ROBERT ; J.C.P. 1963.II.13405 met noot GOLDMAN ; R.C.D.I.P. 1963, J., 545 met noot MOTULSKY ; Rev. Arb. 1963, 60.
Cass. 18 mei 1971, Rev. Arb. 1972, 2 met noot KAHN ; Dall. 1972, J., 37 met noot ALEXANDRE ; Clunet 1972, 62 met noot OPPETIT ; R.C.D.I.P. 1972, 124 met noot MEZGER.
Beroep Orléans 15 februari 1966, Dall. 1966, J., 340 met noot ROBERT ; Rev. Arb. 1966, 109 ; Beroep Colmar 29 november 1968, Rev. Arb. 1968, 149 met noot ; J.C.P. 1970. II. 16246 met noot LEVEL en OPPETIT ; Beroep Parijs 20 juni 1969, Clunet 1971, 118 met noot OPPETIT ; R.C.D.I.P. 1969, 738 met noot MEZGER ; Rev. Arb. 1969, 95.
Beroep Parijs 15 december 1972, Rev. Arb. 1973, 98 met noot MEZGER.
- (2) Cass. 4 juli 1972, Clunet 1972, 843 met noot OPPETIT ; R.C.D.I.P. 1974, 82 met noot LEVEL ; Rev. Arb. 1974, 89 ; Rev. Trim. Dr. Comp. 1973, 419 met noot LOUSSOUARN. Over het belang van deze vraag naar Frans recht zie tevens Rb. Seine 7 juni 1956, J.C.P. 1956. II. 9460 met noot MOTULSKY en Beroep Parijs 22 januari 1957, Rev. Arb. 1956, 134.
- (3) Cfr. nr. 35. Zie Beroep Parijs 20 juni 1969, Clunet 1971, 118 noot OPPETIT ; R.C.D.I.P. 1969, 738 met noot MEZGER ; Rev. Arb. 1969, 95.
- (4) Zie nr. 38.

In Frankrijk wordt soms een uitzonderingsstatuut toegekend omdat het een "internationale arbitrage" zou betreffen, alhoewel men in werkelijkheid tegenover een "buitenlandse arbitrage" staat. Omdat de arbitrage "internationaal" is, zou geen beroep tegen de uitspraak kunnen ingesteld worden (1). Om dezelfde reden zou tevens een speciaal rechtsmiddel (derde-verzet tegen het exequatur), dat niet tegen een interne Franse uitspraak kan ingesteld worden, aangewend kunnen worden (2). Internationale arbitrage-uitspraken zouden daarenboven niet gemotiveerd moeten worden (3). In feite zijn deze kenmerken echter gevolgen van de buitenlandse natuur der arbitrale uitspraak (4).

100. Arbitrageverdragen kunnen beter aantonen wat onder "internationale arbitrage" verstaan moet worden.

Voor het Verdrag van New York is het belangrijk dat de arbitrale uitspraak buitenlands is, vermits het Verdrag juist van deze buitenlandse uitspraken de erkenning en tenuitvoerlegging wil verzekeren. Het spreekt niet over een "internationale" uitspraak. Een voorontwerp van het Verdrag van New York bepaalde evenwel dat het Verdrag enkel van toepassing zou zijn op internationale arbitrage : namelijk op arbitrage van geschillen tussen personen die geen onderdaan zijn van dezelfde staat of die rechtsverhoudingen in het gedrang brengen, welke gesitueerd zijn op het grondgebied van verscheidene staten. Uiteindelijk liet men - zoals bekend - deze vereiste inzake de internationaliteit van de arbitrage varen (5).

-
- (1) Bijv. Cass. 3 november 1960, R.C.D.I.P. 1961, 564 met noot MEZGER ; Clunet 1961, 782 (arbitrage te Antwerpen. FOUCHARD aanzag dit als Nederlandse arbitrage) (Rev. Arb. 1970, 67). Cass. 7 mei 1963, Clunet 1964, 82 met noot BREDIN ; Dall. 1963, J., 545 met noot ROBERT ; J.C.P. 1963.II.13405 met noot GOLDMAN ; R.C.D.I.P. 1963, 615 met noot MOTULSKY.
 - (2) Cass. 7 mei 1963 : cfr. supra.
 - (3) FOUCHARD ; Rev. Arb. 1965, 108 die steunt op Cass. 14 juni 1960, J.C.P. 1961.II.12273 met noot MOTULSKY ; Rev. Arb. 1961, 97 (arbitrage te Engeland).
 - (4) Zie FOUCHARD, Rev. Arb. 1970, 72-75.
 - (5) Zie Brochure nr. 174 van de I.K.K., p. 12 art. 1. GENTINETTA, Lex Fori, 273. FOUCHARD lijkt evenwel van oordeel dat het Verdrag van New York slechts arbitrage van internationale geschillen zou moeten regelen en niet van toepassing zou mogen zijn op geschillen, die weliswaar n.a.v. een internationale handelsverrichting ontstaan

.../...

Het Europees Verdrag inzake de internationale handelsarbitrage kon moeilijk een omschrijving ontwijken van "internationale handelsarbitrage", vermits hierdoor zijn toepassingsgebied omlijnd moest worden. Uit art. I blijkt dat deze "internationale handelsarbitrage" enkel geschillen beslecht, gerezen uit internationale handelsverrichtingen. In de voorbereidende werken leest men dat een handelsverrichting enkel internationaal is indien zij gepaard gaat met grensoverschrijdend verkeer van goederen, diensten of kapitalen (1). Daarenboven is het Verdrag slechts van toepassing indien de partijen tot de arbitrage onderdaan zijn van verscheiden verdragssluitende staten (2). Derhalve kan men uit het Europees Verdrag niet afleiden of een arbitrage "internationaal" is, omdat haar voorwerp (het te beslechten geschil) de internationale handel betreft en/of omdat de partijen onderdaan zijn van verscheiden staten.

101. De term "internationale handelsarbitrage" is ook een vertrouwd begrip voor de auteurs die de arbitrage vanuit een niet-nationale hoek bekijken (3). Zij zijn het er evenwel niet over eens wat door deze

.../...

zijn, doch in se deze handel niet raken (Rev. Arb. 1970, 76). Voor WETZMULLER, Der "internationale" Schiedsspruch im U.N.-Übereinkommen, 54-56, zou uit de voorbereidende werken van het Verdrag volgen dat zijn toepassingsgebied tot alle internationale arbitrage uitgebreid wordt. Dit lijkt evenwel een ongegrond besluit.

- (1) GENTINETTA, Lex Fori, 20.
- (2) Door het feit dat een arbitrale beslechting, bedoeld door het Verdrag, onderdanen van meer dan één staat interesseren, zal over de naleving van het Verdrag gewaakt worden op volkenrechtelijk vlak door de staten, waarvan partijen onderdaan zijn (VON HOFFMANN, Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, 50-51.
- (3) Bijv. DAVID, Festschrift Ficker, FOUCHARD, Arbitrage ; FRAGISTAS, R.C.D.I.P. 1960, 1-20, GENTINETTA, Lex Fori ; GOLDMAN, Trav. Com. Dr. Intern. Priv. 1966-1969, 119-148 ; 109 RdC (1963, II) ; VON HOFFMANN, Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit ; LALIVE, 120 RdC (1967, I) ; MUNZBERG, Schranken der Parteivereinbarungen ; SANDERS, N.T.I.R. 1956, 220-233 ; SCHOTTELIUS, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit.

term bedoeld wordt. Voor Fragistas, Sanders, en aanvankelijk ook Fouchard, is arbitrage "internationaal" indien zij door geen nationaal recht beheerst wordt (1). Ook voor Schottelius lijkt dit zo (2). In een recent artikel (3) aanzag Fouchard als internationale arbitrage : 1) elke arbitrage waarop vreemd recht van toepassing is ; 2) de buitenlandse arbitrage, die in het eigen land tenuitvoer gelegd moet worden ; 3) de arbitrage, die in het eigen land plaats grijpt, maar die door de Franse rechter als "internationaal" gekwalificeerd wordt nl. omdat zij de internationale handel aanbelangt ; 4) arbitrage, waarop een internationaal arbitrageverdrag van toepassing is (4).

Schlosser sluit aan bij Fouchards recente opvatting (5). Broches meent van zijn kant dat een arbitrale beslechting internationaal is indien niet alle elementen (zoals de partijen, het toepasselijke recht, de plaats waar de beslechting plaats grijpt, de rechtsvorderingen mbt. de uitspraak). binnen één rechtssysteem gelocaliseerd zijn (6). Voor talrijke auteurs is arbitrage echter "internationaal" zodra het een geschil inzake een internationale handelsverrichting beslecht, - en dit

-
- (1) FRAGISTAS, R.C.D.I.P. 1960, 15 ; FOUCHARD, Arbitrage, nr. 39 ; SANDERS, N.T.I.R. 1956, 221-222. Zie evenwel de kritiek van MANN, International Arbitration Domke, 160.
 - (2) SCHOTTELIUS, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, 62. Wegens het ontbreken van een anationaal procedurerecht en materieel recht kon hij in 1957 het bestaan van een internationale arbitrage niet aanvaarden.
 - (3) FOUCHARD, Rev. Arb. 1970, 61-75.
 - (4) FOUCHARD, noot onder Frans Cass. 11 januari 1972, R.C.D.I.P. 1973, 125-126. Het Verdrag van New York geldt evenwel voor buitenlandse arbitrage, terwijl het Europees Verdrag geldt voor de internationale arbitrage, waar ook gehouden. Bijgevolg kan een arbitrage, aldus Fouchard, volgens het ene Verdrag internationaal zijn, en volgens het andere niet. Contra dit criterium MUNZBERG, Schranken der Parteivereinbarungen, 34-35.
 - (5) SCHLOSSER, Schiedsgerichtsbarkeit, nr. 28.
 - (6) BROCHES, 136 RdC (1972, II), 381.

ongeacht waar de beslechting plaats grijpt (1).

Tenslotte ziet Münzberg het begrip "internationale arbitrage" in het licht van de vraag welk procedurerecht op de arbitrale beslechting moet aangewend worden : "internationale arbitrage" is de enige arbitrage waar deze vraag zich zou stellen. Zodra een arbitrale beslechting ergens internationale aspecten vertoont, wordt zij door Münzberg als "internationale arbitrage" beschouwd (2).

De internationale arbitrage van het Franse recht is niet de internationale arbitrage, door het Europees Verdrag bedoeld. Voor Fragistas heeft dit begrip een andere inhoud dan voor Münzberg. Men kan derhalve niet spreken over "internationale" arbitrage in het algemeen, maar over "internationale" arbitrage in samenhang met een bepaald deel van het arbitragerecht (3). Deze studie wil de rechtsvinding bij de "internationale" arbitrage onderzoeken. "Internationaal" is hier elke arbitrage, met aanknopingspunten in verscheidene rechtssystemen, zodat het "internationale" aspect speciale eisen aan de arbitrale rechtsvinding stelt (4).

102. Het lijkt meer correct om de arbitrage, met aanknopingspunten in verscheidene rechtssystemen, niet "internationaal" maar "transnationaal" te noemen (5). "Internationaal" is wat tussen verscheidene naties plaats heeft of waaraan door verschillende naties wordt deelgenomen (6). Het Latijnse prefix "trans-" duidt anderzijds op "door iets heen gaan" (7).

(1) DAVID, Festschrift Ficker, 126-127 ; FOUCHARD, Rev. Arb. 1970, 77 ; GENTINETTA, Lex Fori, 19-31, GOLDMAN, 109 RdC (1963, II), 361-362 ; VON HOFFMANN, Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, 49-51.

(2) MUNZBERG, Schranken der Parteivereinbarungen, 36.

(3) Zie in deze zin ook SCHLOSSER, Schiedsgerichtsbarkeit, nr. 29.

(4) Zie in deze zin LALIVE, 120 RdC (1967, I), 580.

(5) De term "transnationaal" werd bijv. gebruikt door LALIVE, I.C.L.Q. 1964, 1006 en WEIL, 128 RdC (1969, III) 179-180.

(6) VAN DAELE, Groot Woordenboek, 9e druk, Den Haag 1970.

(7) VAN WAGENINGEN, J., Latijnsch Woordenboek, 4e druk, Groningen, 1960.

Dat de arbitrage aanknopingspunten met verscheidene rechtssystemen bezit, veronderstelt niet dat zij tussen twee staten plaats grijpt. Het is vereist dat de beslechting over de landsgrenzen heen reikt.

De term "transnationale arbitrage" wil evenwel nog niet zeggen dat op deze arbitrage een eigen recht, namelijk een "transnationaal", van toepassing is (1). Deze problematiek komt in het tweede deel aan bod.

103. Een arbitrage kan om verscheidene redenen transnationaal zijn.

De arbitrage kan transnationaal zijn "ratione personae", nl. omdat de partijen, de arbiters en de zetel der arbitrage niet allen tot dezelfde rechtsorde behoren (2). In dit geval kan de arbiter zich immers de vraag stellen uit welke rechtsorde hij de beslechttingsnormen moet putten.

Twee Franse ondernemingen, die de beslechting van een geschil, ontstaan uit een niet-transnationale transactie, aan een Engelse arbiter in Engeland voorleggen, zetten aldus een transnationale arbitrage op touw (3). Voor de Engelse arbiter is het geschil immers buiten zijn landsgrenzen gesitueerd, zodat hij zich de vraag moet stellen of hij het Engels of een buitenlands recht zal moeten toepassen.

-
- (1) De benaming "transnationaal recht" werd reeds in 1931 gebruikt door M. GUTZWILLER, *Das internationalprivatrecht der durch die Friedensverträge eingesetzten Gemischten Schiedsgerichtshöfe*, Int. Jhrb. Sch. III, 131. Zie tevens EHRENZWEIG, A., *Specific principles of private transnational law*, 124 RdC (1968, II) 255 ; FAZZALARI, Arbitrage commercial Minoli, 165 ; JESSUP, P., Transnational law, New Haven 1956, 2 ; LALIVE, I.C.L.Q. 1964, 1006 ; LANGEN, Transnational commercial law die op zoek zijn naar transnationale rechtsnormen.
 - (2) Een Duitse arbiter, die reeds lang in Zwitserland woont, maakt evenwel een arbitrage tussen Zwitsers door zijn nationaliteit niet transnationaal. Zie LALIVE, 120 RdC (1967, I), 580.
 - (3) Zie GOLDMAN, 109 RdC (1963, II), 362-363 ; FRAGISTAS, R.C.D.I.P. 1960, 13. Tevens Frans Cass. 19 februari 1930, Clunet 1931, 30 ; R.C.D.I.P. 1930, 282 en Frans Cass. 27 januari 1931, R.C.D.I.P. 1931, 515 ; Frans Cass. 11 januari 1972, Clunet 1972, 621 met noot OPPETIT, J.C.P. 1972.II.17208 met noot LEVEL ; R.C.D.I.P. 1973, 115 met noot FOUCHARD ; Rev. Arb. 1972, 49 met noot MEZGER ; Beroep Parijs 11 juli 1931, Gaz. Pal. 1931.II.806 ; Beroep Parijs
.../...

De arbitrage over een investeringsovereenkomst tussen een onderneming van één staat en een andere staat is "transnationaal" vermits de investeerder niet tot dezelfde rechtsorde behoort als de staat, waarin geïnvesteerd wordt. Moet de arbiter de beslechttingsnormen putten uit het recht van de investeerder of uit dat van de staat; en is dit laatste diens nationaal recht of het volkenrecht? Het Centrum voor Beslechting van Investeringsgeschillen beslecht normaliter geschillen tussen een staat en een onderdaan van een andere staat. Het biedt partijen bij een investeringscontract tussen een staat en een aldaar gevestigde vennootschap, door buitenlandse aandeelhouders gecontroleerd, evenwel de mogelijkheid te bedingen dat de investeerder met het oog op de bevoegdheid van het Centrum zal beschouwd worden als onderdaan van een andere staat (1).

Zelfs wanneer partijen, arbiters en zetel der arbitrage tot dezelfde rechtsorde behoren, kan de arbitrage transnationaal zijn "ratione materiae", nl. door het voorwerp van de overeenkomst waarrond het geschil draait (2). Hiervoor moet het geschil een handelsverrichting betreffen, welke de landsgrenzen overschrijdt, zodat goederen, kapitalen of diensten van het ene naar het andere land overgebracht worden. Het geschil zal aldus aanknopingen bezitten met meerdere rechtsorden. De arbitrage over dergelijke overeenkomst is bijgevolg transnationaal, omdat de arbiters bij de beslechting normen kunnen putten uit meerdere rechtssystemen. Het volstaat evenwel niet dat het geschil ontstaan is uit een overeenkomst, die weliswaar een transnationale handelsverrichting voorbereidt, doch niet als voorwerp bezit.

Twee Franse ondernemingen hadden een vereniging opgericht om wijn vanuit Spanje in te voeren in Frankrijk. Zij werden het oneens over hun winstverdeling (3). Het geschil betrof evenwel niet de invoer van wijn,

.../...

5 juni 1970, Dall, 1971, J., 347 met noot ROBERT; Rev. Arb. 1970, 127 met noot LEVEL. Voor Duitsland: OLG Nürnberg 26 november 1965, KTS 1966, 111.

- (1) Zie nr. 107. Wereldbankconventie art. 25, 2, b. Zie tevens FISCHER, Konzession, 242-257.
- (2) "C'est en effet l'arbitrage qui est fait pour le litige et non le litige pour l'arbitrage, si bien que c'est de la nature du litige que doit le plus simplement se déduire celle de l'arbitrage" GOLDMAN, 109 RdC (1963, II), 361.
- (3) Beroep Parijs 10 januari 1962, Dall, 1962, J., 457.

maar de winstverdeling, die verschuldigd was krachtens een overeenkomst tot vereniging. De omstandigheid dat deze vereniging opgericht werd om wijnvervoer mogelijk te maken, wijzigt haar inlands karakter niet en maakt haar niet transnationaal. Bijgevolg was ook de arbitrage over deze overeenkomst niet transnationaal.

Twee Franse aannemers sloten een overeenkomst om in overleg prijs op te geven voor de aanleg van een kustweg in Libië (1). Het voorwerp van deze overeenkomst raakte de internationale handel niet, maar betrof enkel een financiële afspraak tussen twee Franse ondernemingen. Bijgevolg is de arbitrage over deze overeenkomst niet transnationaal omwille van de litigieuze transactie.

De Algerijnse maatschappij Sonatrach gaf opdracht aan een Franse onderneming om in Algerije een pijpleiding aan te leggen. Om dit werk financieel aan te kunnen, stichtte de Franse onderneming een feitelijke vereniging te Parijs, waarvan het bestaan voor Sonatrach verborgen moest blijven. De overeenkomst waardoor de feitelijke vereniging gesticht werd, raakte zelf de internationale handel niet (2). Het geschil over deze overeenkomst was niet transnationaal ; het geschil maakte de arbitrage niet transnationaal.

§ 3. Organisatie van de transnationale handelsarbitrage

104. De arbitrale beslechting kan geschieden door een "ad hoc"-arbitrage of door een institutionele arbitrage in de schoot van een arbitrage-instelling (3).

105. Bij institutionele arbitrage geschiedt de arbitrale beslechting volgens de procedure die de arbitrage-instelling in haar reglement vastlegde. Bij de "ad hoc"-arbitrage is er daarentegen geen reglement voorhanden, zodat de partijen de procedure zelf tot in de details moeten uitstippelen. Al wat de partijen terzake niet bedongen, is aan

(1) Beroep Parijs 6 juli 1971, Dall. 1971, J., 614 ; Rev. Arb. 1971, 119 met noot ROBERT.

(2) Beroep Parijs 10 november 1972, Clunet 1973, 390 noot OPPETIT ; J.C.P. 1973.IV.107 ; Rev. Arb. 1973, 91 met noot MEZGER.

(3) Zie FOUCHARD, Arbitrage, nr. 274-389 ; GENTINETTA, Lex Fori, nr. 32-74 ; LALIVE, 120 RdC (1967, I), 664-671.

de beslissing van de arbiters overgelaten (1). Het hoeft geen betoog dat de partijen door de oplossing, die arbiters procedure-vragen geven, vaak verrast kunnen worden. Doorgaans biedt de arbitrage "ad hoc" bijgevolg minder rechtszekerheid inzake de arbitrale procedure dan de institutionele arbitrage. Daarenboven ligt de beslechting bij institutionele arbitrage meestal niet lam wanneer de partijen het niet eens worden over de keuze of vervanging van een arbiter of indien een partij geen arbiter wil benoemen. Het arbitragereglement voorziet immers meestal dat de arbitrage-instelling in deze gevallen een arbiter benoemt. Daarentegen zal bij "ad hoc"-arbitrage doorgaans een rechterlijke procedure vereist zijn om de arbiter te benoemen.

Anderzijds biedt de "ad hoc"-arbitrage partijen meer mogelijkheden dan de institutionele arbitrage : iedereen kan tot arbiter in een "ad hoc"-arbitrage benoemd worden ; arbiters van een institutionele arbitrage worden daarentegen meestal uit een lijst gekozen. Bij "ad hoc"-arbitrage ontwerpen de partijen zelf de procedure, die hen het meest geschikt voorkomt ; bij institutionele arbitrage moeten zij zich onderwerpen aan de procedure die in het arbitragereglement voorzien is. Bovendien moeten partijen bij een institutionele arbitrage meestal niet alleen de arbiters, maar ook de arbitrale instelling, waarvan zij gebruik maken, vergoeden ; uiteraard is deze laatste vergoeding bij een "ad hoc"-arbitrage niet verschuldigd.

106. Verscheidene arbitrale instellingen verrichten transnationale arbitrage. Enkele dezer instellingen, die representatief lijken voor de soort transnationale handelsarbitrage die zij verrichten, worden besproken. Hieruit blijkt dat niet alle instellingen dezelfde transnationale allures bezitten (2).

(1) Zie evenwel het Europees Verdrag, art. IV, lid 2, 3 en 4 en de verscheidene arbitragewetten.

(2) FOUCHARD, Arbitrage, nr. 282-289 maakt een onderscheid tussen de talrijke essentieel-nationale en de enkele internationale arbitrage-instellingen. Daarenboven zouden de arbitrageprocedures en -instellingen, die uit samenwerking tussen bestaande arbitrage-instellingen uit verscheidene landen voortspuiten, een tussenklasse uitmaken (Zie Coopération entre organismes d'arbitrage, Milaan

107. Het Centrum voor Beslechting van Investeringsgeschillen werd opgericht door het Verdrag van 15 maart 1965 inzake de beslechting van geschillen met betrekking tot investeringen tussen staten en onderdanen van andere staten - kortheidshalve Wereldbank-Conventie genoemd (1). Dit Centrum is gevestigd in de gebouwen van de Wereldbank te Washington. Het wil geschillen beslechten die, *ratione personae*, gerezen zijn enerzijds tussen een staat, partij tot het Verdrag, en anderzijds een onderdaan van een staat, eveneens partij tot het Verdrag (2). Hieruit volgt dat het Centrum *ratione personae* een transnationale arbitrage-instelling is (3). *Ratione materiae* moet het geschil voortvloeien uit een investering.

Het Centrum heeft een arbitrageprocedure uitgewerkt en beschikt over een lijst van arbiters. Partijen moeten het Centrum verzoeken om de arbitrage te organiseren en zij dienen tevens arbiters te benoemen. In plaats van de onwillige partij kan het Centrum evenwel tot een benoeming overgaan.

Het Centrum wil een forum bieden voor investeringsgeschillen, waarvoor het niet aangewezen is dat zij beslecht worden door de rechter van het land, waarin geïnvesteerd werd. De arbitrale uitspraak kan trouwens enkel door het Centrum en om bepaalde gronden nietig verklaard worden. Behoudens de verweermiddelen, die het Verdrag voorziet, is de arbitrale uitspraak definitief en moet zij - zoals een inlands vonnis - in elke staat, partij tot het Verdrag, uitvoerbaar verklaard worden (4). Het Verdrag kent op deze wijze een uitzonderlijke doeltreffendheid aan de arbitrale beslechting toe. Aldus wil het verhinderen dat het gevaar van een inadequate geschillenbeslechting investeringen in ontwikke-

.../...

1970). Deze tussenklasse lijkt evenwel niet te bestaan, daar elke arbitrage-instelling tot een nationale of internationale kan herleid worden.

- (1) Voor België : zie de goedkeuringswet 17 juli 1970, Belg. Staatsblad 24 september 1970, 9548.
- (2) Zie evenwel nr. 101.
- (3) Zie nr. 103.
- (4) De staat kan evenwel de immuniteit van executie inroepen (Wereldbank-Conventie, art. 55).

lingslanden in de weg zou staan (1). Tot op heden werd slechts drie geschillen bij het Centrum voor arbitrage aanhangig gemaakt (2).

108. Eén der bekendste vormen van transnationale handelsarbitrage is deze die sinds 1923 in de schoot van de Internationale Kamer van Koophandel (I.K.K.) georganiseerd wordt (3). De arbitrage van de I.K.K. is enkel mogelijk voor de beslechting van internationale handelsgeschillen (4). Bijgevolg is elke I.K.K.-arbitrage transnationaal.

Luidens het eerste arbitragereglement stond de arbitrage van de I.K.K. slechts open voor handelaars van verschillende nationaliteit. In 1928 werd arbitrage mogelijk voor elk handelsgeschil met een internationaal karakter; ook al hadden beide partijen dezelfde nationaliteit, maar waren zij in verscheidene landen gevestigd. Een geschil tussen partijen van dezelfde nationaliteit en in hetzelfde land gevestigd, kwam evenwel niet voor arbitrage van de I.K.K. in aanmerking. Het was immers de bedoeling om de I.K.K. slechts te gebruiken voor de transnationale arbitrage, die tevens door het Protocol en Verdrag van Genève

-
- (1) Zie BROCHES, The Convention on the settlement of investment disputes between states and nationals of other States, 136 RdC (1972 II), 331-410; DAVID, Arbitrage commercial Minoli, 114. Investissements étrangers et arbitrage entre états et personnes privées, Parijs 1969; CHERIAN, J., Investment contracts and arbitration, The World Bank Convention on the Settlement of Investments Disputes, Leiden 1975; PIRRUNG, Schiedsgerichtsbarkeit nach dem Weltbankübereinkommen.
 - (2) Holiday Inns en Occidental Petroleum t. Regering van Marokko; Adriano Gardello SpA. t. Regering van Ivoorkust; Alcoa Minerals of Jamaica t. Regering van Jamaica. Zie SCHMIDT, Harv. Int. L.J. 1976, 92 noot 9.
 - (3) Zie bijv. BOCKSTIEGEL, AWD 1965, 101; COHN, The Rules of Arbitration of the I.C.C., I.C.L.Q. 1965, 171; DAHLGRUN, H.M., Funktionen und Rechtspersönlichkeit der Internationalen Handelskammer, Mainz 1969, 140-163; EISEMANN, L'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale, Ann. Liège 1964, 103; EISEMANN, Arbitration under the International Chamber of Commerce rules, I.C.L.Q. 1966, 726; EISEMANN, Chambre de Commerce Internationale, in Dalloz Répertoire de Droit International, Parijs 1968; GENTINETTA, Lex Fori, 43-45; THOMPSON, The procedure under the rules of the I.C.C., in International Commercial Arbitration, 180.
 - (4) I.K.K.-arbitragereglement (1975) art.1; overgenomen van het arbitragereglement 1958, art. 6.

beschermd werd (1). De vereiste van het internationaal karakter van het handelsgeschil is heden evenwel versoepeld. Een geschil tussen een vennootschap en een andere vennootschap, met dezelfde nationaliteit maar dochtermaatschappij van een buitenlandse vennootschap, is voldoende internationaal om in de schoot van de I.K.K. gearbitreerd te worden (2). Het zou zelfs volstaan dat beide partijen van ééNZelfde nationaliteit aantonen dat hun overeenkomst voldoende internationaal is opdat de arbitrage bij de I.K.K. geschillen over deze overeenkomst zou kunnen beslechten. Zo oordeelde een Belgische arbiter bijv. over een overeenkomst tussen twee Franse ondernemingen :

"Bien qu'elles soient de même nationalité, les parties litigantes ont néanmoins considéré que leur accord avait un caractère international tel qu'il permettait la saisie et la compétence de la Cour d'Arbitrage de la C.C.I." (3).

De arbitrageprocedure is vastgelegd in het "Règlement de conciliation et d'arbitrage" (4). Meestal wordt de I.K.K. met de arbitrage belast omdat de partijen in een transnationale handelsovereenkomst uitdrukkelijk voor de arbitrage door de I.K.K. gekozen hebben.

Een geschil kan zowel aan de bemiddeling als aan de arbitrage van de I.K.K. onderworpen worden. Zelden doet men een beroep op de bemiddeling van de verzoeningscommissie. Een verzoening blijft immers ook tijdens de arbitrale beslechting mogelijk. Indien het geschil dadelijk aan arbiters wordt voorgelegd, wordt de beslechting niet vertraagd wanneer blijkt dat de partijen zich niet kunnen verzoenen. De partij, die het geschil aan arbitrage wil onderwerpen, verzoekt het Secretariaat van het Arbitrage-Hof van de I.K.K. te Parijs om de arbitrage te organiseren. Arbiters worden ofwel door de partijen aangeduid - welke keuze door het Arbitrage-Hof moet worden goedgekeurd - ofwel door het Arbitrage-Hof aangewezen (5). Tenzij de partijen bepalen waar de

-
- (1) Economie Internationale 1931, 323. Zie tevens over het toepassingsgebied van het Verdrag van Genève : nr. 93.
 - (2) EISEMANN, Chambre de Commerce Internationale, Dalloz Répertoire de Droit International, Parijs 1968, nr. 24.
 - (3) I.K.K. nr. 1846.
 - (4) Het nieuwe arbitragereglement geldt vanaf 1 juni 1975.
 - (5) Degene, die ex officio door het Arbitrage-Hof als arbiter werd aangesteld tegen de wil van de partij is, wordt evenwel niet in alle rechtssystemen als arbiter aanvaard. Cfr. Beroep Parijs 25 januari 1972, Rev. Arb. 1973, 158 met noot FOUCHARD.

arbitrage dient plaats te grijpen, zal het Arbitrage-Hof tevens deze plaats vaststellen. Vooraleer de arbiters kennis nemen van het geschil stellen zij met de partijen een "acte de mission" of "terms of reference" op (arbitrage-overeenkomst) waarin zij hun opdracht van de partijen ontvangen en aanvaarden, waarin de plaats der arbitrage bepaald wordt en waarin de vorderingen worden omschreven. Nadat de arbiters de zaak gehoord hebben, stellen zij een zgn. ontwerp van uitspraak op. Het Arbitrage-Hof moet dit ontwerp goedkeuren en aan de partijen toesturen. Slechts dan is de arbitrale uitspraak geveld (1). De I.K.K. beslecht jaarlijks een honderdtal geschillen. Naast geschillen over verkoop, aanneming, investeringen, concessies en handelsagentuur, intellectuele eigendom en know-how, worden één enkele keer ook geschillen over arbeidsovereenkomsten (2) en over huurcontracten (3) door de I.K.K.-arbitrage beslecht. De arbitrage van de I.K.K. neemt een zeer belangrijke plaats in bij de beslechting van geschillen der Oost-West handel (4). Tevens lijkt het een geapprecieerd forum om geschillen tussen private ondernemingen en staten (5), staatsondernemingen (6) of internationale organisaties (7) te beslechten.

-
- (1) SCHLOSSER, Festschrift Reinhardt, 137-150 ; Schiedsgerichtsbarkeit, nr. 480 voert aan dat het Arbitrage-Hof aldus de onafhankelijkheid en de beslechttingsbevoegdheid van de arbiter schendt. De I.K.K. houdt voor dat het Arbitrage-Hof de arbiter niet in zijn oordeelsvrijheid beperkt, doch enkel op het naleven van de procedurale vereisten toeziet. In deze zin tevens Frans Cass. 16 januari 1974, Rev. Arb. 1974, 296 met noot LOQUIN.
 - (2) Bijv. I.K.K.nr. 1798.
 - (3) Bijv. I.K.K. nr. 2289.
 - (4) Zie nr. 3, p. 11 noot 5.
 - (5) Bijv. I.K.K. nrs. 1733, 1740, 1757, 1810, 1896, 1897, 2117, 2239, 2276. 7 % van de recente I.K.K.-arbitrage heeft een staat als partij (EISEMANN, Rev. Arb. 1975, 285).
 - (6) Bijv. naast de uitspraken, vermeld nr. 3 p. 11 noot 5 nrs. 1906, 1971, 2102, 2138, 2141, 2183, 2273, 2380. 20 % van de recente I.K.K.-arbitrage heeft een staatsonderneming als partij (EISEMANN, Rev. Arb. 1975, 286).
 - (7) Bijv. I.K.K. nrs. 1708, 2091 (Rev. Arb. 1975, 252), 2152. Zie tevens de voorbeelden geciteerd door VALTICOS, Contrats conclus par les organisations internationales avec des personnes privées, Ann. I.D.I. 1977, nr. 104, p. 122.

109. De ORGALIME-arbitrage is, als uitgesproken bedrijfssectoriële arbitrage, enkel bedoeld om de geschillen te beslechten die kunnen rijzen tussen leden van de vijftientwintig West-Europese bedrijfsorganisaties van de metaal- of plasticverwerkende nijverheid en de elektro-technische industrie (1). Hieruit volgt dat de aard der geschillen, die aan ORGALIME voorgelegd kunnen worden, minder gevarieerd is dan deze die aan de arbitrage van de I.K.K. onderworpen worden. Een compromissoir beding dat ORGALIME-arbitrage voorziet, biedt trouwens niet de zekerheid dat een ORGALIME-arbitrage kan plaatsgrijpen ; zekerheid die wel bestaat bij het compromissoir beding ten gunste van I.K.K.-arbitrage. Waar de I.K.K. in principe bindende kracht toekent aan het compromissoir beding en desnoods de arbitrale procedure tegen de wil van een partij in opgang brengt, is ORGALIME-arbitrage slechts mogelijk indien elke partij, ook nadat het geschil ontstaan is, met deze arbitrage akkoord gaat. Dit vrijwillig karakter van de arbitrage, dat ook nadat het geschil ontstaan is gehandhaafd blijft, heeft het voordeel dat de grootste kans aanwezig is dat de partijen zich ook vrijwillig bij de arbitrale uitspraak zullen neerleggen. Ondernemingen, waarvoor de ORGALIME-arbitrage openstaat, moeten zich trouwens tot hun bedrijfsorganisatie wenden om deze arbitrage op touw te zetten ; deze organisaties hebben steeds het recht om hun leden een ORGALIME-arbitrage te ontzeggen, indien deze beslechtingsvorm hen niet wenselijk lijkt. Indien de bedrijfsorganisaties met de arbitrage toestemmen, stellen zij een bedrijfsorganisatie uit een derde land aan om in haar schoot het arbitraal paneel te benoemen. De arbiters en elk van de partijen behoren bijgevolg tot een verschillende rechtsorde : derhalve kan de ORGALIME-arbitrage niets anders dan transnationaal zijn. Het aantal ORGALIME-arbitrages is evenwel uiterst gering (2).

110. Het "Internationaal Wol en Textiel Arbitrage Akkoord" geeft vorm aan een andere soort transnationale handelsarbitrage (3). Het werd

-
- (1) Organisme de Liaison des Industries Métalliques Européennes, waarvan de zetel te Brussel gevestigd is.
 - (2) Tot heden werd slechts één geschil bij ORGALIME aanhangig gemaakt (gesprek met de Heer P. Demin, Secretaris van ORGALIME).
 - (3) Zie International commercial arbitration, New York 1974, deel I, p. 407-408.

afgesloten tussen de bedrijfsorganisaties van de wol- en textielnijverheid over gans de wereld, verenigd in de "International Wool & Textile Organisation". Het roept geen arbitrale instelling in het leven, maar is slechts een arbitragereglement. Dit reglement houdt bovendien in de eerste plaats een verwijzing in naar bestaande arbitrage-instellingen van de bedrijfssector. Wanneer bedrijven voor een internationale wolarbitrage opteren, onderwerpen zij zich aan de regels van het Akkoord. Het Akkoord bepaalt dat elk geschil beslecht moet worden door de instelling voor wolarbitrage van het land van de verkoper of bewerker van de wol. De koper of uitbesteder kan zijn bedrijfsorganisatie slechts verzoeken een deel van het arbitraal paneel te benoemen. Het recht van het land der arbitrale instelling zal bepalen hoe de overeenkomst tot arbitrage moet opgesteld worden en hoe de arbitrale procedure dient gevoerd. Het Belgisch Centraal Wolcomité zetelt enkele malen per jaar krachtens het Internationaal Wol en Textiel Akkoord.

111. Door de Europese bedrijfsorganisaties van groothandelaars in aardappelen werden "Règles et Usages du commerce intereuropéen des pommes de terre" (R.U.C.I.P.) opgesteld. De R.U.C.I.P.-handelsvoorwaarden zijn telkens van toepassing wanneer aardappelhandelaars in een overeenkomst hiernaar verwijzen. In deze handelsvoorwaarden wordt gesteld dat hun aanvaarding tevens betekent dat elk geschil slechts kan beslecht worden volgens het R.U.C.I.P.-arbitragereglement. Meestal zijn de partijen tot deze R.U.C.I.P.-arbitrage van verscheidene nationaliteit, zodat de R.U.C.I.P.-arbitrage doorgaans transnationaal is. Het R.U.C.I.P.-arbitragereglement draagt de beslechting op aan de nationale arbitrage-commissie van het land van de verweerder (tenzij uitdrukkelijk een andere commissie werd aangeduid). Een verzoek tot arbitrage wordt gericht tot de bevoegde arbitrage-commissie. Elk der partijen kiest zijn arbiter ; de arbitrage-commissie stelt de derde arbiter aan. Deze arbiters worden gekozen uit een lijst, waarop alleen als kandidaat-arbiters mogen voorkomen zij "die in de aardappelbranche een handelsfunctie uitoefenen of uitgeoefend hebben" (art. 9). Merkwaardig is evenwel dat, éénmaal de arbitrale uitspraak geveld, partijen recht hebben om beroep tegen deze uitspraak aan te tekenen bij het

Europese Comité. Dit zal dan een arbitrage-commissie in beroep samenstellen. Deze commissie in beroep moet zetelen in een ander land dan dat van partijen. Meerdere geschillen worden jaarlijks door R.U.C.I.P.-arbitrage beslecht.

112. Bij het arbitragereglement van de International Law Association (I.L.A.), de zgn. Copenhagen Rules 1950, hoort geen specifieke arbitrage-instelling. Dit reglement wil procedurale richtlijnen verlenen voor de "ad hoc"-arbitrage. De voorzitter van het uitvoerend comité van de I.L.A. kan evenwel een rol spelen in de benoeming van een arbiter (1).

113. De Economische Commissie voor Europa (E.C.E.) van de Verenigde Naties heeft ook enkel een arbitragereglement - en geen werkelijke arbitrage-instelling - in het leven geroepen voor de transnationale handelsarbitrage tussen Europese ondernemingen. De Arbitration Rules of the Economic Commission for Europe of the United Nations Organization (1966) was een distillaat van een honderdtal arbitragereglementen ; het lijkt een "restatement" van de arbitragepraktijk. Dit E.C.E.-arbitragereglement wilde partijen in de Oost-West handel, die voor een "ad hoc"-arbitrage opteerden als alternatief voor de arbitrage-commissies uit de Oostblok, een procedurale omlijsting van de arbitrage bezorgen (2). In werkelijkheid maken ondernemingen, ook in de Oost-West handel, weinig gebruik van de mogelijkheid, die de E.C.E.-arbitrage biedt. Arbitrage-instellingen, zoals de I.K.K., blijken een grotere aantrekkingskracht te bezitten (3).

-
- (1) I.L.A. Report of the 44th Conference (Copenhagen 1950), 255 e.v. ; GENTINETTA, Lex Fori, 37 ; SCHLOSSER, Schiedsgerichtsbarkeit, nr. 144.
 - (2) ARNOLD, Die Schiedsgerichtsordnung, AWD 1967, 179-182 ; BARCLAY, The ECE Arbitration Agreement, International Commercial arbitration, COHN, The Rules of Arbitration of the United Nations Commission for Europe, I.C.L.Q. 1967, 946-981.
 - (3) Zie nr. 3 p. 10 noot 4-5 en p. 12 noot 1 ; VON HOFFMAN, RIW/AWD 1976, 2.

114. In de schoot van de United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) wordt gewerkt aan een arbitragereglement ter beslechting van handelsgeschillen, niet enkel tussen Europese partijen, maar tussen partijen van alle geïndustrialiseerde en/of ontwikkelingslanden. Dit arbitragereglement, geïnspireerd door een rechtsvergelijkend onderzoek (1), de arbitrageverdragen en het E.C.E.-arbitragereglement (2), wil eveneens dit laatste vervangen voor de Europese Oost-West handel. Alhoewel niets in het UNCITRAL-arbitragereglement verbiedt dat het aangewend wordt voor arbitrage, die geen transnationale arbitrage is, mag men verwachten dat het uitsluitend voor transnationale arbitrage gebruikt zal worden (3).

115. In talrijke landen bestaan er uitgesproken nationale arbitrage-instellingen, die echter ook voor transnationale handelsarbitrage openstaan. Talrijke bedrijfssectoren beschikken over een eigen arbitrage-instelling. Het Belgisch Nationaal Verbond van Kamwolspinners, de Antwerpse Arbitrage- en Verzoeningskamer voor Granen en Zaden, de Hamburgse beursarbitrage (4), de London Corn Trade Association, de London Sugar Association, de Incorporated Oil Seed Association (5) beschikken bijv. over instellingen voor bedrijfssectoriële arbitrage. Soms reikt hun faam van billijkheid, onpartijdigheid en redelijkheid over de landsgrenzen heen, zodat ook buitenlandse partijen trachten hun geschillen aan dergelijke kundige bedrijfssectoriële arbitrage-instelling te onderwerpen.

(1) NESTOR, Arbitrage commercial international.

(2) Verenigde Naties A/CN 9/97, 2.

(3) Verenigde Naties A/CN 9/97, 8. Zie tevens SANDERS (hoofdauteur van het UNCITRAL-arbitragereglement) International commercial arbitration, 167-179 ; THOMPSON, Harv. Int. L. J. 1976, 141-154 ; VON HOFFMANN, RIW/AWD 1976, 1-7.

(4) STRAATMANN en ZINKHEISEN, Hamburgisches Börsenhandbuch.

(5) FAURE, Commodity Market Arbitration with special reference to the Incorporated Oil Seed Association Rules, I.C.L.Q. 1966, 736-742.

In talrijke landen bestaan er daarenboven ook nationale arbitrage-instellingen die aan geen bedrijfssector verbonden zijn, maar een arbitrage-forum willen bieden voor de beslechting van allerlei soorten geschillen.

De American Arbitration Association, het Belgisch Centrum voor de Studie en de Praktijk van de Internationale en Nationale Arbitrage (CEPINA), de London Court of Arbitration (1), het Duitse Ausschuss für Schiedsgerichtswesen en de arbitrale kamers van Parijs (2) en Straatsburg zijn dergelijke algemene, nationale arbitrage-instellingen. Bij gelegenheid beslechten zij echter transnationale handelsgeschillen.

(1) Zie The London Court of Arbitration, Arbitration 1967, 121-124 ; Arbitration 1975, 31-39.

(2) Zie PLAISANT, R., La Chambre arbitrale de Paris, Rev. Arb. 1955, 6-10.

HOOFDSTUK VI

DE ANDERE ARBITRAGE

116. Arbitrage is - zo bleek uit het tweede hoofdstuk - rechtspraak die krachtens overeenkomst bindend is. In het derde en vierde hoofdstuk werd aangetoond hoe de arbitragewet de rechter toelaat de arbitrale beslechting te begeleiden en te controleren. De schets van de arbitrage is hiermee nog niet af. Een studie over de arbitrage mag zich niet beperken tot wat elk rechtssysteem kwalificeert als de beslechting, waarvoor de arbitragewet geldt. Er bestaan ook arbitrages, waarop geen arbitragewet van toepassing is (1). Deze worden door dit hoofdstuk belicht. Soms kunnen partijen geen aanspraak maken op de rechterlijke begeleiding en controle, die de arbitragewet voor de arbitrage voorziet, omdat de rechter een beslechting door een derde niet als arbitrage beschouwt (§ 1).

Anderzijds kan de nationale rechter menen dat een transnationale handelsarbitrage, waarbij een staat of een andere volkenrechtelijke rechtspersoon partij is, uitstijgt boven zijn rechtsmacht, zodat hij dergelijke arbitrage evenmin zal willen begeleiden en controleren. Hij zal dan oordelen dat deze geen arbitrage is, zoals door de arbitragewet bedoeld (§ 2).

§ 1. Arbitrale structuren

117. Naast wat in elk rechtssysteem als "arbitrage" gekwalificeerd wordt, bestaan er andere beslechttingsvormen, waarbij een derde een

(1) DAVID, Etudes Julliot de la Morandière, 162.

rechtsgeschil beslecht en recht spreekt voor partijen, die hem hierom verzochten. Onder arbitrage, het voorwerp van deze studie, moeten ook deze andere arbitrale structuren begrepen worden.

A. Arbitrage-dading

118. Partijen beslissen om het rechtsgeschil, dat hen verdeelt, door een derde te laten beslechten, doch wensen deze derde niet te binden aan de strikte formaliteiten, die de arbitragewet hem oplegt. Om deze reden komen zij op het idee een door hen ondertekend blanco vel papier aan de derde over te maken, waarop de derde dan zijn beslissing moet neerschrijven alsof het een dading was, tussen de partijen afgesloten en door hen ondertekend. Uit de arbitrage-dading is in Italië de zeer gebruikelijke "arbitrato libero" of "arbitrato irrituale" ontstaan (1). De uitspraak kan er als contract afgedwongen en betwist worden. In Frankrijk wordt de arbitrage-dading als arbitrage beschouwd, indien de partijen een formele overeenkomst tot arbitrage gesloten hebben (2). Indien zij geen overeenkomst tot arbitrage sloten en het blanco-ondertekend papier eenvoudig aan de derde overmaakten, is het een dading (3). Hoe de arbitrage-dading echter ook door de rechter gekwalificeerd wordt, het oordeel van de derde en de rechtsaanwending zal niet verschillend zijn van deze bij een formele arbitrage. Derhalve moet deze studie haar voorwerp uitbreiden tot arbitrage-dading.

B. Het bindend advies

119. Het bindend advies inzake een rechtsgeschil wordt door de derde

-
- (1) Enciclopedia del diritto, Varese 1958, "Arbitrato", 934-950 ; KLEIN, Considérations, 89-99 ; WENGER, Zum obligationenrechtlichen Schiedsverfahren, 17-19.
 - (2) Zie Cass. 29 december 1862, Dall. 1863, 1, 164 ; Sirey 1863, 1, 81.
 - (3) Parijs 11 december 1959, Rev. Arb. 1960, 25 ; J.C.P. 1960.II. 11513. Zie tevens Juris-classeur procédure civile, art. 1003-1028, Fasc. III, nr. 144-155.

- en niet zoals de arbitrage-dading door de partijen - ondertekend. De partijen zijn gebonden aan diens beslissing (= advies) omdat zij er zich tegenover elkaar contractueel toe verplicht hebben het advies als bindend te aanvaarden. Voor het bindend advies moet de procedure, die de arbitragewet voorschrijft, niet gevolgd worden. Het bindend advies mist evenwel tevens de rechterlijke begeleiding, die de arbitragewet voorziet. Een exequatur is voor het bindend advies niet mogelijk ; enkel krachtens de overeenkomst tussen partijen om zich eraan te onderwerpen kan zijn naleving afgedwongen worden ; het niet-involgen van een bindend advies geeft als contractuele inbreuk slechts een vorderingsrecht tot schadevergoeding. Bovendien kent het bindend advies niet de specifieke nietigheidsgronden van de arbitrale uitspraak, maar kan het slechts op grond van het verbintenissenrecht nietig verklaard worden (1).

De contractuele grondslag der beslechting, bij de arbitrage enigszins door de procesrechtelijke omkadering zoek geraakt, komt ten volle tot uiting bij het bindend advies. Het bindend advies is als het ware de genus van de species arbitrage (2). Het is de gemeenrechtelijke arbitrage (3). De meeste bindende adviezen worden door de rechter evenwel als arbitrage gekwalificeerd ; de onbenoemde contractuele beslechting wordt meestal beschouwd als de vertrouwde, benoemde rechtsfiguur van de arbitrage, die door de wetgever gereguleerd is. Daarnaast blijft er evenwel in elk rechtssysteem ruimte voor de bindende adviezen, die niet als echte arbitrage kunnen doorgaan (4).

(1) Zie CLAVAREAU, P., Enige Hulpovereenkomsten, Leiden 1947, 113-298. HABSCHEID, L'expertise-arbitrage, International Arbitration Domke, 113-116 inzake de juridische aard en de gevolgen van het bindend advies. WENGER, Zum obligationenrechtlichen Schiedsverfahren.

(2) Zie Rb. Kortrijk 4 december 1969, R.W. 1972-1973, 919.

(3) DAVID, Etudes Julliot de la Morandière, 162 ; CLAVAREAU, o.c., 186.

(4) - Bijv. omdat de arbitrage "zwevend" is (Zie Trib. Féd. Suisse 27 maart 1968, R.C.D.I.P. 1969, 106 met noot KLEIN, 115 ; BROCHES, 136 RdC (1972, II), 337).

- Bijv. omdat de beslechting geen "arbitrage", zoals door de wet bedoeld, kan zijn wegens een vormgebrek of omdat geen recht gesproken wordt (Zie SANDERS, Rev. Arb. 1975, 86).

1. België

120. Aanvankelijk kende de Belgische rechter het statuut van bindend advies toe aan arbitrages, die niet binnen de toepassingsfeer van de arbitragewet vielen.

De arbitragewet van 1806 bepaalde enkel hoe interne uitspraken ten- uitvoer gelegd konden worden. De rechtspraak besliste dat buitenland- se uitspraken in België slechts het exequatur konden verkrijgen indien zij reeds in hun land van herkomst met het exequatur bekleed waren. Zonder buitenlands exequatur kon een buitenlandse arbitrale uitspraak slechts als bindend advies ingeroepen worden (1). Buitenlandse uit- spraken werden evenwel spoedig met inlandse uitspraken gelijk gesteld, zodat een buitenlands exequatur geen vereiste meer was voor een Bel- gisch exequatur (2).

Een uitspraak, die geen veroordeling inhield, doch slechts de rechten en plichten der partijen omschreef, werd vroeger niet als arbitrage aanzien. De partijen konden de naleving van dergelijke uitspraak en- kel als contractueel bindend advies vorderen (3). Heden worden derge- lijke uitspraken erkend (4).

Nog steeds moet een beslissing tot een bindend advies geconverteerd worden telkens de partijen een arbitrage bedoelden, maar de rechter de beslechting niet als arbitrale uitspraak kan erkennen (5).

.../...

- Bijv. omdat de partijen uitdrukkelijk kozen voor bindend advies, en niet voor arbitrage (zie Hrb. Kortrijk 4 december 1969, R.W. 1972-1973, 919).

- (1) Zie Antwerpen 1 december 1881, Jur. Anv. 1882, I, 71 ; Antwerpen 18 februari 1882, J.T. 1882, 229 ; Jur. Anv. 1882, I, 71 ; Beroep Brussel 28 februari 1912, Pas. 1913, II, 188 ; J.T. 1912, 384.
- (2) BERNHARD, Arbitrage, nr. 762 ; Ger. Wetb. art. 1723.
- (3) Zie bijv. Beroep Brussel 24 februari 1898, Pas. 1898, II, 406. Zie Beroep Brussel 18 juni 1891, Pas. 1892, II, 113 waar een bindend advies als een feitelijke expertise beschouwd wordt omdat de derde enkel de plichten van de partijen bepaalde, maar geen veroordeling uitsprak.
- (4) Zie nr. 13.
- (5) Zie bijv. RONSE, J. Gerechtelijke conversie van nietige handelin- gen, T.P.R. 1965, 199-224.

Dit principe kan van grote betekenis zijn voor de beslechting van geschillen waarbij staat, provincie of gemeente partij zijn. Deze publiekrechtelijke rechtspersonen kunnen in principe geen overeenkomst tot arbitrage aangaan omdat zij de beslechting van hun geschillen niet aan de rechter mogen onttrekken teneinde haar aan een particulier toe te vertrouwen (1). Meer dan de arbitrale uitspraak kan het bindend advies inhoudelijk door de rechter getoetst worden; de rechter is anderzijds vrij om zelf de sanctie vast te stellen voor het niet-involgen van dit advies. Bij het bindend advies is de beslechting derhalve niet geheel aan de rechter onttrokken. Bijgevolg mag een overeenkomst tot arbitrage, afgesloten door een publiekrechtelijke rechtspersoon, m.i. niet zonder meer nietig verklaard worden. Deze overeenkomst zou integendeel moeten geconverteerd worden in een overeenkomst tot bindend advies. Inderdaad, ook al kunnen publiekrechtelijke personen geen partij tot een arbitrage zijn, niets belet hen om zich door een bindend advies gebonden te verklaren (2).

Het bindend advies wordt evenwel ook in eigen hoofde in het Belgische recht erkend. In één Belgisch vonnis werd het bindend advies uitdrukkelijk als alternatieve arbitragevorm beschreven (3). Immers :

"De wettelijke bepalingen voor arbitrage bleken voor het handelsverkeer soms te streng en zo is men er toe gekomen om naast de arbitrage beslissingen van scheidsmannen, die geen eigenlijke arbitrage waren, als bindend te erkennen".

De rechter werd misschien beïnvloed door de schaarse verwijzingen die de Belgische rechtsleer naar het instituut van het bindend advies maakt (4). In elk geval leunde de inhoud van zijn beslissing aan bij de rechtsfiguur van het bindend advies, zoals deze in Nederland bekend is (5). Inderdaad, volgens de uitspraak heeft men een bindend advies :

(1) Zie nr. 38.

(2) Zie tevens in deze zin voor het Nederlandse recht : CLAVAREAU, o.c., 299-311.

(3) Kph. Kortrijk 4 december 1969, R.W. 1972-1973, 919.

(4) DE GAVRE, J., Le contrat de transaction, Brussel 1967, 104 ; GHEYSEN, G., "Dading", nr. 51-52, in Algemene Practische Rechtsverzameling.

(5) Hoge Raad 11 januari 1924, N.J. 1924, 293. ASSER, C. en RUTTEN, L., Handleiding tot de beoefening van het Nederlandsch Burgerlijk Recht, IIIde deel, tweede stuk, 279-282 ; CLAVAREAU, o.c. 113-298 ; VAN CREVELD, I., Het Bindend Advies. Rechtsgeleerde Opstellen aangeboden aan P. Scholten, Haarlem 1932, 70-93.

"Indien partijen buiten wettelijke arbitrage een tussen haar bestaand geschil omtrent een overeenkomst, of andere rechts-verhouding, al dan niet op grond van een in die overeenkomst opgenomen beding, ter beslechting aan één of meer particuliere derden voorleggen, terwijl de partijen de aldus verkregen beslissing als bindend willen beschouwen".

Door het bindend advies wordt het geschil weliswaar beslecht, doch de beslechting wordt slechts definitief "door een uitspraak van de gewone rechter hierover uit te lokken". De arbitrale beslissing is daarentegen zonder rechterlijke inmenging definitief (1). Kortom :

"De gevolgen van arbitrage zijn procesrechtelijk, die van een bindend advies daarentegen materieelrechtelijk".

Voor arbitrage gelden de wettelijke bepalingen van het Gerechtelijk Wetboek,

"terwijl het bindend advies slechts wordt beheerst door de algemene regelen van het verbintenissenrecht" (2).

De arbitrale uitspraak kan nietig verklaard worden om de specifieke redenen, die de arbitragewet in artikel 1704 vermeldt. Het bindend advies is daarentegen nietig indien de principen van het verbintenissenrecht, waarop het uitsluitend steunt, dit bepalen. Zo zal het niet binden wanneer de overeenkomst tussen partijen, waardoor zij zich aan het bindend advies van een derde onderwerpen, ongeldig is. Zo ook wanneer de derde zijn beslechtingsopdracht zonder de vereiste goede trouw heeft uitgevoerd. Tenslotte zou het advies niet bindend zijn wanneer zijn inhoud "onredelijk" is. Het lag enkel in de bedoeling der partijen om zich aan het oordeel van de derde te onderwerpen in de mate zijn beslechting degelijk is ; zij zijn bijgevolg niet aan een onredelijke of frauduleuse beslissing gebonden.

(1) Zie Ger. Wetb. art. 1703.

(2) R.W. 1972-1973, 920.

De keuze tussen arbitrage en bindend advies volgt uit de bedoeling van de partijen. Indien zij bijvoorbeeld de derde ontheffen van zijn verplichting hen tegensprekelijk te horen of van zijn verplichting de uitspraak te motiveren, bevelen zij de derde te handelen in strijd met wat de arbitragewet op straffe van nietigheid voorschrijft (1). Uit dergelijke toelating kan hun bedoeling blijken om het geschil niet door arbitrage, maar slechts door bindend advies te laten beslechten (2). Veelal is het echter moeilijk de bedoeling der partijen dien-aangaande te onderkennen. Meestal bekommert een partij zich immers slechts om de juridische kwalificatie van de beslechttingsvorm nadat een uitspraak geveld werd en de tegenpartij haar niet wil uitvoeren. De rechtsfiguur van de arbitrage is echter dermate ingeburgerd dat de rechter meestal zal aanvaarden dat de partijen deze arbitrale beslechttingsvorm bedoelden. Wanneer de eisende partij de naleving van de arbitrale uitspraak slechts als contractuele verplichting vordert, zal de rechter aan de arbitrage evenwel de gemeenrechtelijk rechtsgevolgen van het bindend advies verlenen (3).

2. Frankrijk

121. Ook in het Franse recht staat de contractuele basis van de arbitrage buiten kijf (4). Geen arbitrale uitspraak is evenwel bekend, die

(1) Zie bijv. Ger. Wetb. art. 1694, lid 1 ; art. 1701, lid 6 ; art. 1704 lid 2, g en i.

(2) VAN CREVELD, o.c., 70. Zie evenwel Rb. Brussel 22 februari 1911, Pas. 1911, III, 226, waar partijen de derde hadden ontslagen om de uitspraak ter griffie te deponeren, zoals de arbitragewet voorschreef. Uit de ontheffing de uitspraak te deponeren zou, volgens Van Creveld, hun impliciete bedoeling blijken om van de derde slechts een bindend advies te verkrijgen. Alhoewel de naleving der uitspraak als contractuele verplichting gevorderd werd, oordeelde de rechter dat uitsluitend de rechtsmiddelen, door de arbitragewet voorzien, mochten gevolgd worden.

(3) Zie bijv. Kph. Kortrijk 4 december 1969, R.W. 1972-1973, 919. Be-roep Brussel 18 juni 1891, Pas. 1892, II, 113. Zie evenwel Rb. Brussel 22 februari 1911, Pas. 1911, III, 226.

(4) Zie ROBERT, Arbitrage, nr. 210.

als louter bindend advies tenuitvoer gelegd werd. Evenmin is rechtspraak bekend waaruit blijkt dat de partijen een rechtsgeschil geldig door een bindend advies, dat geen arbitrage is, kunnen laten beslechten (1). Andere arbitrale structuren dan de arbitrage lijken derhalve in Frankrijk niet erkend. Zelfs wat door de partijen slechts als een bindend advies, en niet als arbitrage bedoeld werd, wordt als arbitrage aanzien (2). Indien de beslechting evenwel geen arbitrage kan zijn, bijvoorbeeld omdat de overeenkomst tot arbitrage niet aan de vormvereisten voldoet, welke de arbitragewet stelt, kan het oordeel van de derde slechts in een niet-bindende expertise geconverteerd worden (3).

3. Duitsland

122. Reeds in de vorige eeuw stelde het Reichsgericht dat een buitenlandse uitspraak, die niet beantwoordde aan de vereisten, door de Duitse arbitragewet voor een arbitrale uitspraak geponeerd, als bindend advies erkend kon worden (4). Door de invoering van § 1044 Z.P.O. werd het evenwel mogelijk om dergelijke buitenlandse arbitrale uitspraken als arbitrale beslissingen tenuitvoer te leggen. De omweg langs het bindend advies werd derhalve overbodig.

-
- (1) Cfr. HABSCHEID, International Arbitration Domke, 104. Beroep Parijs 4 januari 1960, Rev. Arb. 1960, 122, stelt weliswaar dat een arbitrale uitspraak, ook zonder exequatur, als "feitelijk gegeven" grond is voor een eis tot schadevergoeding, die uit de uitspraak blijkt. In casu had de onderneming, van wie schadevergoeding geëist werd, zich evenwel niet gebonden verklaard door de beslissing van de derde. Zij was enkel als borg schadevergoeding verschuldigd daar de beslissing van de derde aantoonde dat degene, waarvoor zij zich borg gesteld had, zijn plichten niet was nagekomen.
 - (2) LEVEL, P., Juris-classeur procédure civile, art. 1003-1028, fasc. III, nr. 94, 97-98.
 - (3) LEVEL, o.c., nr. 102.
 - (4) RG 10 december 1892, RGZ 30, 368 ; RG 22 december 1911, Int. Jhrb. Schw., deel I, 276 ; RG 28 januari 1927, RGZ 116, 76 ; RG 7 februari 1928, Int. Jhrb. Schw. deel III, 324.

Bovendien lijken sommige "Schiedsgutachten" zodanig op arbitrage dat men hierin een arbitragevorm kan zien. Zowel bij het "Schiedsgutachten" als bij de arbitrage wordt een derde aangezocht om een beslissing te treffen. Zowel bij het "Schiedsgutachten" als bij de arbitrage is de beslissing van de derde voor de partijen bindend krachtens overeenkomst (1). De algemene regel is dat het "Schiedsgutachten" enkel elementen, waaruit de rechten en plichten der partijen afgeleid kunnen worden, bindend vaststelt, terwijl de arbitrage deze rechten en plichten zelf bepaalt (2). Dit belet de "Schiedsgutachter" evenwel niet

-
- (1) Zowel voor de arbitrage als voor het "Schiedsgutachten" is het betwist of de overeenkomst, die de beslechting op touw zet, materieelrechtelijk of procesrechtelijk is. In het eerste geval zouden partijen rechtstreeks aan de beslissing gebonden zijn ; in de tweede hypothese onrechtstreeks. Voor de traditionele rechtsleer was het "Schiedsgutachten" voor de partijen bindend krachtens de overeenkomst, waardoor de beslechting op touw gezet werd. HABSCHIED, W., Schiedsvertrag und Schiedsgutachtenvereinbarung, KTS 1957, 129-136, 133-135 en RAUSCHER, Schiedsgutachtenrecht, 110-128 zien in deze overeenkomst evenwel in de eerste plaats een procesrechtelijke overeenkomst die in feite de partijen niet zou binden om de beslissing van de "Schiedsgutachter" na te leven. Zij verplicht wel de rechter om de inhoud van de beslissing als bewijs voor de betwiste feiten te aanvaarden. Zie tevens BGH 4 juli 1969, BB 1969, 1288, dat stelt dat de "Schiedsgutachter", die voor de partijen "verbindlich unter Ausschluss des Rechtswegs" moest beslissen, geen arbiter wordt, maar dat de rechter onvoorwaardelijk aan het "Schiedsgutachten" gebonden is. In feite lijken de partijen, al zij het feitelijk, gebonden aan het "Schiedsgutachten". Indien zij het niet opvolgen, wordt deze zaak aanhangig gemaakt bij de rechter, die wel aan het "Schiedsgutachten" gebonden is. Het is evenwel betwist of de overeenkomst tot arbitrage een loutere procesrechtelijke overeenkomst is (Zie hierover BAUMBACH-SCHWAB, Schiedsgerichtsbarkeit, 54-55.) Zelfs indien dit het geval zou zijn, blijven de partijen tot de arbitrage onrechtstreeks aan de arbitrage gebonden, omdat de rechter aan de arbitrale uitspraak gebonden is. Het bindend karakter van het "Schiedsgutachten" en de arbitrale uitspraak volgt derhalve hetzij rechtstreeks, hetzij onrechtstreeks en feitelijk, uit de overeenkomst tussen partijen.
- (2) RAUSCHER, Schiedsgutachtenrecht, 169. Zie BGH 17 mei 1967, BB 1967, 694 ; NJW 1967, 1804.

ook over rechtsvragen te oordelen en zich uit te spreken over de rechten en plichten der partijen (1). De "Schiedsgutachter" kan derhalve, zoals een arbiter, recht spreken.

Zowel de arbiter als de "Schiedsgutachter" kan oordelen of een handelswijze onverzoenbaar is met de contractuele plichten die voor elk der partijen voortvloeien uit de overeenkomst tot wederzijdse beperking der mededinging (2). Tevens kan hij nagaan of een octrooi geschonden werd door fabricage van een product door een derde (3). Bovendien kan hij vaststellen wat de verplichting om een "aangepaste vergoeding" te betalen, juist inhoudt (4). Ook de verplichting tot de betaling van de "gebruikelijke huurprijs", waarover de partijen akkoord gingen, kan door een "Schiedsgutachten" een concrete inhoud krijgen (5).

Het verschil tussen arbitrage en een "Schiedsgutachten" is belangrijk. De arbitrage wordt geregeld door de arbitragewet uit het Z.P.O.. Het "Schiedsgutachten" wordt daarentegen geregeerd door het verbintenissenrecht. De Duitse rechtsleer en rechtspraak verklaarden immers dat de paragrafen uit het BGB inzake de prestatiebegroting (§§ 317-319) analoog moeten toegepast worden op het "Schiedsgutachten" (6). BGB § 319 stelt bijvoorbeeld dat de prestatiebegroting niet bindend is wanneer zij "klaarblijkelijk onbillijk" ("offenbar unbillig") is. Een analoge toepassing voor het "Schiedsgutachten" beduidt dat deze niet geldt wanneer zij "offenbar unrichtig" is (7).

-
- (1) RAUSCHER, Schiedsgutachtenrecht, 52-54 ; 171-173 ; BGH 21 mei 1975, NJW 1975, 1556.
 - (2) OLG Hamm 10 juli 1961, BB 1961, 987.
 - (3) RG 16 oktober 1889, RGZ, 24, 411.
 - (4) BGH 21 januari 1963, BB 1963, 281.
 - (5) BGH 21 oktober 1964, NJW 1965, 150.
 - (6) RG 23 mei 1919, RGZ 96, 57 ; RAUSCHER, Schiedsgutachtenrecht, 87-97. Rauscher acht het daarentegen meer gepast dat, gezien het procesrechtelijk karakter van het "Schiedsgutachten", de arbitragewet analoog van toepassing zou zijn (zie p. 179-280).
 - (7) BGH 21 oktober 1964, BB 1964, 1360 ; NJW 1965, 150 ; BGH 22 april 1965, NJW 1965, 1523 ; BGH 14 december 1967, BB 1968, 316 ; Betrieb 1968, 524 ; BGH 26 oktober 1972, Betrieb 1973, 129.

Hoe kan men het "Schiedsgutachten" van de arbitrage onderscheiden ? Het doet weinig terzake of de partijen de derde "Schiedsgutachter" of arbiter noemden (1). Door bijvoorbeeld voor "Hamburger freundschaftliche Arbitrage" te opteren, kunnen de partijen zowel een "Schiedsgutachter" als een arbiter hebben aangesteld (2). Een tijdlang heeft het Bundesgerichtshof het criterium van onderscheid tussen arbitrage en "Schiedsgutachten" gezien in de bedoeling der partijen : indien het vaststond dat de partijen, toen zij akkoord gingen om het geschil aan een derde voor te leggen, bedoelden dat de rechter de uitspraak steeds naar klaarblijkelijke onjuistheid mocht toetsen, zou de derde een "Schiedsgutachter" zijn (3). Een recent arrest van het Bundesgerichtshof lijkt evenwel op deze opvatting terug te komen : het Hof oordeelde immers dat zelfs een beslechting "unter Ausschluss des Rechtswegs" (dus zonder rechterlijke tussenkomst) niettemin een "Schiedsgutachten" was (4). Het juiste criterium van onderscheid lijkt in het resultaat van de beslechting te liggen : elke beslechting, waarbij de derde de rechten en plichten van de partijen definieert, zou een "Schiedsgutachten" zijn, terwijl elke beslechting, waarin de derde bovendien rechtsgevolgen knoopt aan de inbreuk op deze rechten en plichten, een arbitrage zou zijn (5).

Bovendien kunnen arbitrale uitspraken, die niet beantwoorden aan de formele vereisten, door de arbitragewet gesteld, door conversie toch als "Schiedsgutachten" tenuitvoer gebracht worden (6).

-
- (1) RG 12 november 1907, RGZ 67, 73 ; OLG Zweibrücken 20 januari 1971, NJW 1971, 943 en 1756.
 - (2) BGH 12 juni 1954, BB 1955, 645 ; BGH 28 april 1960, NJW 1960, 1296 BB 1960, 679 ; MDR 1960, 666, Betrieb 1960, 754.
 - (3) BGH 25 juni 1952, BGHZ 6, 335 ; BGH 30 april 1959, NJW 1959, 1493. Zie evenwel de kritiek die door RAUSCHER, Schiedsgutachtenrecht, 174) en HABSCHEID, W. (Schiedsvertrag und Schiedsgutachtenvereinbarung, KTS 1959, 178) op deze opvatting geformuleerd werd.
 - (4) BGH 4 juli 1969, BB 1969, 1288.
 - (5) RAUSCHER, Schiedsgutachtenrecht, 175-177 ; OLG Hamm 10 juli 1961, BB 1961, 987. Zie evenwel OLG Hamburg 15 april 1964, MDR 1964, 853.
 - (6) RG 1 juli 1927, Int. Jhrb. Schw. II, 307.

4. Engeland

123. Section 32 van de Arbitration Act (1950) stelt dat de arbitrage, door deze wet bedoeld, steunt op een geschreven overeenkomst tot arbitrage. Een arbitrage, die slechts op een mondelinge overeenkomst tot arbitrage steunt, ligt enigszins buiten de toepassingsfeer van de arbitragewet en valt ten dele op haar contractuele grondslag terug (1). Zij verkrijgt een statuut dat zowel elementen van de door de wet gereguleerde arbitrage als van het bindend advies omvat. Haar uitspraak kan bijvoorbeeld niet, zoals section 26 voorziet, door dwang tenuitvoer gelegd worden ; enkel een "action on the award" staat open, nl. een contractuele vordering tegen de onwillige partij die haar plicht niet nakwam om de uitspraak in te volgen. De arbitrage, die slechts op een mondelinge overeenkomst tot arbitrage steunt, verliest evenwel niet alle rechterlijke begeleiding die de arbitragewet voorziet : de rechtbank behoudt haar bevoegdheid om de arbitrale uitspraak te vernietigen of om de zaak ter herbeoordeling terug naar de arbiters te verwijzen. De rechters kunnen tevens een "special case" van deze arbitrage aanhoren (2).

Zelfs arbitrages, die binnen de toepassingsfeer der arbitragewet vallen, volgen het spoor van de rechterlijke begeleiding, dat de arbitragewet voor hen uitstippelt, niet altijd tot het einde. Wanneer de rechter eraan twijfelt of de arbitrale uitspraak geldig is, is dwanguitvoering krachtens section 26 uitgesloten. Een "action on the award" is dan het enige middel om de naleving van de uitspraak af te dwingen (3).

Indien het Verdrag van New York of dat van Genève van toepassing is op

-
- (1) Zie Westminster Chemicals & Produce Ltd. v. Eichholz & Loeser, (1954) 1 Lloyd's Rep. 99, 105 ; A/B Legis v. Berg & Sons Ltd., (1964) 1 Lloyd's Rep. 203, Luanda Exportadora and others v. Tamari & Sons and Others, (1967) 2 Lloyd's Rep. 353.
 - (2) RUSSELL, Arbitration, 47-48.
 - (3) RUSSELL, Arbitration, 323-326.

de tenuitvoerlegging van een arbitrale uitspraak, is de uitspraak uitvoerbaar respectievelijk krachtens de Arbitration Act (1975) of de Arbitration Act (1950) deel II. Indien dit niet het geval is kan de buitenlandse uitspraak slechts tot een "action on the award" aanleiding geven (1).

C. Arbitrale structuren en arbitrageverdragen

124. Het begrip "arbitrage", zoals door de arbitragewetten bedoeld, verschilt van land tot land. Het is de vraag in welke mate een beslechting, die in één land als "arbitrage" gekwalificeerd wordt, krachtens de arbitrageverdragen kan tenuitvoergelegd worden in een ander land, waar deze beslechting niet als arbitrage beschouwd wordt en vice versa (2). Moet de Duitse rechter bijvoorbeeld een Franse arbitrale uitspraak krachtens de arbitrageverdragen erkennen wanneer de beslechting, indien in Duitsland gehouden, slechts als "Schiedsgutachten" zou gekwalificeerd worden? Moet de Franse rechter anderzijds een Belgisch bindend advies als arbitrage tenuitvoer leggen, omdat deze beslechting in Frankrijk als arbitrage, en niet als bindend advies beschouwd zou worden? Zowel de criteria, door de arbitrageverdragen gegeven, als de bedoelingen der partijen lijken relevant om de toe-

-
- (1) RUSSELL, Arbitration, 339-340. Zie Dalmia Cement Ltd v. National Bank of Pakistan, (1974) 3 W.L.R. 138, 147-152, dat gevelde werd vooraleer de Arbitration Act (1975) ingevoerd werd. De buitenlandse uitspraak moet evenwel in haar forum uitvoerbaar verklaard zijn. Dit is nog een gevolg van de jurisdictionele opvatting inzake de buitenlandse arbitrage: zolang de buitenlandse arbitrage voor de Engelse rechter niet door een exequatur met een buitenlands vonnis gelijk gesteld is kan zij niet erkend worden.
- (2) DAVID, Le concept d'arbitrage privé et les conventions internationales, Etudes Julliot de la Morandière, 157-159. De rechtsleer behandelde vooral de vraag of de Italiaanse "arbitrato irrituale" moet beschouwd worden als "arbitrage" voor de toepassing van de arbitrageverdragen. Alhoewel o.m. DAVID, o.c., negatief staat tegenover deze gelijkstelling, verdedigen Italiaanse auteurs haar: BERNINI, (ook mbt. bindend advies) Rev. Arb. 1975, 35; CUTRERA, A., Convenzioni internazionali e arbitrato irrituale o negoziale, Archivio Giuridico Filippo Serafini 1974, 177-189.

passing van elk arbitrageverdrag op de "andere" arbitragestructuren te bepalen.

Het Verdrag van Genève stelt dat een buitenlandse uitspraak slechts erkend of tenuitvoer gelegd kan worden, als zij definitief is. Het Belgisch bindend advies en het Duitse "Schiedsgutachten" zijn evenwel niet definitief zolang de rechter (of arbiter) de bindende waarde ervan niet in een vonnis (of uitspraak) bevestigd heeft. Indien geen vonnis (of uitspraak) deze bindende waarde vaststelt, kan het bindend advies of het "Schiedsgutachten" bijgevolg niet krachtens het Verdrag van Genève erkend worden ; indien een vonnis (of uitspraak) dit wel doet, stelt zich niet de vraag naar de erkenning of tenuitvoerlegging van het bindend advies of het "Schiedsgutachten", maar naar de erkenning van het buitenlands vonnis (of uitspraak), dat deze als bindend erkent.

Het Verdrag van New York eist daarentegen slechts dat de uitspraak bindend is voor de partijen (art. V, lid 1, e). Hieruit kan men afleiden dat ook het Belgisch bindend advies en het Duitse "Schiedsgutachten" krachtens dit Verdrag in het buitenland zouden kunnen tenuitvoer gelegd worden. Beiden zijn immers voor de partijen bindend krachtens overeenkomst. Aldus zou het Verdrag van New York van toepassing zijn op het bindend advies en het "Schiedsgutachten". Deze gevolgtrekking strookt echter niet steeds met de bedoeling van de partijen : partijen kozen meestal het bindend advies of het "Schiedsgutachten" omwille van de uitgebreidere controle, welke de rechter over de inhoud der uitspraak mag uitoefenen. Het zou tegen deze bedoeling indruisen wanneer het Verdrag van New York toelaat om de grondige inhoudelijke controle bij een tenuitvoerlegging in het buitenland voorlopig te omzeilen, - ook al kan deze tenuitvoerlegging in het buitenland wellicht gestopt worden zodra de inlandse rechter het advies wegens zijn inhoud niet bindend verklaart.

De vraag naar de toepassings sfeer der arbitrageverdragen is evenwel delicaat om op te lossen. Voor elke casus zal een nauwkeurige analyse van de feiten en het recht nodig zijn.

Het Europees Verdrag stelt dat de uitspraak in principe kan tenuitvoergelegd worden buiten het land waar zij geveld werd. De vernietiging van de uitspraak in het land, waar zij geveld werd, belet evenwel slechts in enkele gevallen de tenuitvoerlegging in het buitenland (art. IX). Wanneer men het bindend advies of het "Schiedsgutachten" voor de toepassing van het Europees Verdrag als arbitrage beschouwt, zou deze afdwingbaar zijn zonder uitgebreide inhoudelijke controle ; de nietigverklaring wegens inhoudelijke gebreken, in het land waar het geveld is, zou de tenuitvoerlegging in het buitenland zelfs niet beletten. Vaak kozen partijen echter - zoals gezegd - juist het bindend advies of het "Schiedsgutachten" omdat zij de rechter een uitgebreide

inhoudelijke controle op de beslechting wilde verlenen. Bijgevolg kan men m.i. niet poneren dat het Europees Verdrag ook van toepassing is op deze arbitragevormen.

§ 2. Volkenrechtelijke handelsarbitrage ?

125. Staten en internationale organisaties nemen actief deel aan het handelsverkeer. Zij sluiten met private ondernemingen (zelden met elkaar) transnationale overeenkomsten af, welke een uitgesproken handelskarakter bezitten. Meestal worden geschillen over dergelijke overeenkomsten door arbitrage beslecht (1). Het is tevens mogelijk dat niet de staat zelf, maar een publiekrechtelijk onderdeel van de staat (2) of een handelsonderneming, die nauw met de staat verbonden is (3), aan

-
- (1) Zie DEHAUSSY-GOLDMAN, Arbitrage (en général), nr. 7-8 ; MANN, The proper law of contracts concluded by international persons, Brit. Yb. Int. L. 1959, 35-36 ; VALTICOS, Contrats conclus par les organisations internationales avec des personnes privées, Ann. I.D.I. 1977, nr. 26-27.
- Verscheidene mogelijkheden voor arbitrage worden aangewend, bijv. arbitrage door de I.K.K. (nr. 108) ; arbitrage door het Centrum, opgericht door de Wereldbank-conventie (nr. 107) ; arbitrage door het Permanent Hof van Arbitrage (bijv. Soedan t. Turiff, N.T.I.R. 1970, 200-220) en "ad hoc"-arbitrages (bijv. Lena Goldfields t. U.S.S.R., 36 Corn. L.Q. (1950), 50 ; Losinger t. Joegoslavië, Clunet 1959, 1075 ; Tsjechoslovakië (P.T.T.) t. R.C.A., A.J.I.L. (1936), 523 ; Socobel en Belgische Staat t. Griekse Staat en Bank van Griekenland, P.H.I.J. Series A/B nr. 72, Beroep Brussel 24 mei 1933, Pas. 1933, II, 197 ; Rb. Brussel 30 april 1951, J.T. 1951, 298, Clunet 1952, 244, R.C.D.I.P. 1952, 111 ; Petroleum Development (Trucial Coast) t. Sjeik van Abu Dhabi, 1 I.C.L.Q. (1952), 249 ; Petroleum Development (Quatar) t. Heerser van Quatar, 18 I.L.R. 161 ; Alsing t. Griekse Staat, 23 I.L.R. 633 ; Aramco t. Saoedi-Arabië, R.C.D.I.P. 1963, 272 ; S.E.E.E. t. Joegoslavië, Clunet 1959, 1075, B.P. t. Libië, Intern.'l Lawyer 1972, 541.
- (2) Bijv. Haven- en Vuurtorenbestuur (I.K.K. nr. 1952) ; Nationale Administratie voor Water en Electriciteit (I.K.K. nr. 2228) ; Nationale Munt (I.K.K. nr. 2102).
- (3) Niet alleen staatsondernemingen uit de Oostblok-landen zijn partij tot een arbitrage (zie nr. 3), doch staatsondernemingen over de hele wereld. Eén vijfde van de arbitrages, die in de schoot van de I.K.K. plaats grijpen, heeft een staatsonderneming als partij (EISEMANN, Arbitrage commercial international entre états ou entités étatiques et personnes physiques ou morales étrangères de droit privé, Rev. Arb. 1975, 286 ; nr. 108). De bekendste uitspraak is ongetwijfeld de "ad hoc"-uitspraak in Sapphire t. National Iranian

.../...

het transnationaal handelsverkeer deelneemt en geschillen aan arbiters voorlegt. De handelsarbitrage, waarbij een internationale organisatie, een staat of een hiermee gelijk te stellen entiteit, partij is, behoort tot de transnationale handelsarbitrage welke het voorwerp van deze studie uitmaakt.

A. Volkenrechtelijke arbitrage

126. Volgens het klassiek criterium bestaat er een hemelsbreed onderscheid tussen privaatrechtelijke arbitrage en volkenrechtelijk arbitrage : de partijen tot een privaatrechtelijke handelsarbitrage zijn privaatrechtelijke personen ; de partijen tot de volkenrechtelijke arbitrage zijn volkenrechtelijke rechtssubjecten, zoals staten of internationale instellingen (1).

De volkenrechtelijk arbitrage, zoals de privaatrechtelijke arbitrage, is een beslechttingsvorm die de partijen door overeenkomst op gang brengen ; ook zij berust op het akkoord van de partijen om zich bij de uitspraak neer te leggen (2). Een compromissoir beding maakt de internationale rechter onbevoegd om van het geschil kennis te nemen (3). De volkenrechtelijke arbitrage geniet evenwel niet het voordeel van de rechterlijke begeleiding en controle, die de arbitragewetten voor de privaatrechtelijke arbitrage voorzien. Partijen tot de volkenrechtelijke arbitrage zijn volkenrechtelijke rechtssubjecten waarover de nationale rechters zich niet bevoegd achten. De volkenrechtelijke arbitrage ontsnapt aldus aan de voogdij van de nationale rechter. Hierin schuilt haar zwakte. Indien één der partijen weigert een arbiter te benoemen, loopt de hele arbitrage spaak. Geen nationale rechter zal deze arbiter in de plaats der onwillige partij aanduiden. Meestal zal

.../...

Oil Company (NIOC), 13 I.C.L.Q. (1964), 1011. Zie tevens Repal (Algerije) t. Raffineries du Rhône, R.C.D.I.P. 1969, 106.

(1) Bijv. DEHAUSSY, Arbitrage (droit international public), nr. 101.

(2) Bijv. DEHAUSSY, Arbitrage (droit international public), nr. 100.

(3) Zie bijv. Ambatielos-zaak, I.C.J.Rep. 1952, 55, 79 en 83 ; I.C.J. Rep. 1953, 17.

ook geen internationale instantie bereid zijn om de arbiter te benoemen (1). In principe kan geen enkele partij de nietigverklaring van de uitspraak vorderen (2). Zij kan slechts eigenrichting bedrijven door de uitvoering van de arbitrale uitspraak te weigeren (3). Weliswaar is een volkenrechtelijke arbitrale uitspraak voor exequatur vatbaar (4); het feit dat de volkenrechtelijke arbitrage aan de jurisdictie van de rechter ontsnapt, belet de rechter niet om de arbi-

- (1) Zelfs het Permanent Hof van Arbitrage benoemt geen arbiter wanneer de partijen het over de benoeming niet eens worden of wanneer één der partijen onwillig is. Art. 45 van het Statuut voorziet slechts de mogelijkheid dat de keuze overgelaten wordt aan een derde partij (die niet het Hof is) indien de partijen het niet eens kunnen worden over de keuze van een arbiter. Indien één der partijen niet aan de arbitrage wil deelnemen, voorzien de statuten niet hoe de arbiter voor haar aangeduid kan worden (Zie "Permanent Court of Arbitration, Circular-note of the Secretary-General" 54 A.J.I.L. (1960), 933-941; Rules of arbitration and conciliation for international disputes between two parties of which only one is a state; 57 A.J.I.L. (1963), 500-512. Slechts het Internationaal Gerechtshof zou deze taak kunnen overnemen. Dit Hof is evenwel enkel bevoegd indien beide partijen staten zijn en de bevoegdheid van het Internationaal Gerechtshof erkend hebben. Zij bijv. de Anglo-Iranian Oil Co., Beschikking 5 juli 1951, ICJ Reports 1951, 89; arrest 22 juli 1952, ICJ Reports 1952, 93. De partijen kunnen weliswaar, zoals in de overeenkomst tussen Syrië en Syria Petroleum Co., bedingen dat de Voorzitter van het Internationaal Gerechtshof bij onenigheid de arbiter zal benoemen (BOURQUIN, Arbitration and Economic development agreements, Protection of private foreign investments, 135). De voorzitter handelt dan echter als privé-persoon. Zie tevens MANN, State contracts and international arbitration, Brit. Yb. Int. L. 1967, 20-24.
- (2) In het geschil tussen S.E.E.E. en de Joegoslaafse Staat weigerde de Zwitserse rechter van de plaats, waar de uitspraak geveld werd, de uitspraak nietig te verklaren. Zie Hoge Raad 26 oktober 1973, NJB 1973, 1264. Idem in het geschil tussen Repal en Raffineries du Rhône, R.C.D.I.P. 1969, 106.
- (3) De onwillige staat zal er evenwel zorg voor dragen om zijn weigering van de uitspraak na te volgen, juridisch in te kleden. (Bijv. bevoegdheidsoverschrijding, klaarblijkelijk vergissing of bedrog vanwege de arbiters; gebrekkige motivering) NANTWI, E.K., The enforcement of international judicial decisions and arbitral awards in public international law, Leiden 1966, 114-118.
- (4) Zie Rb. Brussel 30 april 1951, J.T. 1951, 298, R.C.D.I.P. 1952, 111; Hoge Raad 26 oktober 1973, NJB 1973, 1264.

trale uitspraak te erkennen (zoals hij ook buitenlandse arbitrale uitspraken, waarvan de beslechting eveneens buiten zijn jurisdictie valt, kan erkennen). De door de arbiters veroordeelde volkenrechtelijke persoon zal evenwel meestal zijn volkenrechtelijke immuniteit inroepen om aan een dwanguitvoering te ontkomen. Hij zal beweren dat de rechter omwille van zijn immuniteit van jurisdictie geen kennis mag nemen van het verzoek tot exequatur. Doorgaans wordt echter aanvaard dat een staat, die een compromissoir beding of compromis sloot, hierdoor afstand deed van zijn immuniteit van jurisdictie. Trouwens, meestal kan de staat geen immuniteit van jurisdictie genieten voor een handelsgeschil ; bijgevolg kan hij ook geen immuniteit van jurisdictie genieten om te ontsnappen aan het exequatur van een arbitrale uitspraak. Een ernstiger gevaar voor de dwanguitvoering van de uitspraak is evenwel de immuniteit van tenuitvoerlegging, die staten nagenoeg steeds genieten (1).

-
- (1) Zie BOURDEL, Report of the 55th Conference ILA, 1972, 632-635 ; EISEMANN, Rev. Arb. 1975, 295-296 ; LALIVE, J.F., L'Immunité de juridiction des Etats et des Organisations internationales, 84 RdC (1953, III), 209-396 ; LAUTERPACHT, E., The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States, Brit. YB. Int. L. 1951, 220-272 ; MANN, Brit. YB. Int. L. 1959, 15-19 ; SEIDL-HOHENVELDERN, I., Commercial Arbitration and State Immunity, in International Trade Arbitration, New York 1958, 87 ; SIMMONDS, International commercial arbitration, 157-161 ; SUY, E., Leerboek van het Volkenrecht, Leuven 1972, deel I, 175-195.

In de rechtspraak werd de immuniteit van jurisdictie m.b.t. arbitrage bijv. geweigerd in Duff. Developpment Company Ltd. v. Government of Kelantan, (1924) A.C. 797 ; Rb. Brussel 30 april 1951, Clunet 1952, 244, J.T. 1951, 298 ; R.C.D.I.P. 1952, 111 ; Trib. Gr. Inst. Parijs 8 juli 1970, Rev. Arb. 1975, 329 en Beroep Parijs 29 januari 1975, Rev. Arb. 1975, 332 ; Trib. Gr. Inst. Parijs 3 mei 1971, J.C.P. 1971.II.16811.

De Arrondissementsrechtbank Den Haag 15 april 1965, 5 I.L.M. (1966), 477 aanvaardde weliswaar de immuniteit van jurisdictie ; bovendien niet van een staat, maar van NIOC. Hoge Raad 26 oktober 1973 corrigeerde deze opvatting in een vermeldenswaardige passage :

"De immuniteit van jurisdictie, welke naar hedendaags volkenrecht aan een vreemde staat toekomt, strekt zich niet uit tot gevallen waarin een staat op voet van gelijkheid rechtsbetrekkingen is aangegaan met particulieren... In het onderhavige geval is Joegoslavië op voet van gelijkheid een rechtsbetrekking aangegaan met S.E.E.E. waaraan niet afdoet dat de overeenkomst tussen partijen ingevolge een machtigingswet is gesloten, noch dat de spoorlijn - zoals Joegoslavië heeft gesteld - van militaire of strategische betekenis is" (NJB 1973, 1265).

.../...

De volkenrechtelijke persoon, die, in weerwil van zijn belofte, niet aan de arbitrage deelneemt of de arbitrale uitspraak niet navolgt, kan enkel volkenrechtelijk aansprakelijk gesteld worden omdat hij zijn volkenrechtelijke plicht niet nakwam (1).

Bij een volkenrechtelijke arbitrage, zoals hier beschreven, begeleidt en controleert geen enkele nationale rechter de beslechting (2). De arbitrale rechtsvinding en -aanwending zal slechts marginaal getoetst worden door de nationale rechter (bij een exequatur-procedure) of door de internationale rechter (om de volkenrechtelijke aansprakelijkheid van de onwillige staat te bepalen). Bijgevolg hebben de arbiters bij een volkenrechtelijke arbitrage een nog ruimere vrijheid in de rechtsvinding en rechtsaanwending dan bij een zuiver-privaatrechtelijke arbitrage, die wel door een nationale rechter begeleid en gecontroleerd wordt.

B. Volkenrechtelijke handelsarbitrage ?

127. Wanneer is een handelsarbitrage volkenrechtelijk ? Hierover

.../...

Ook wat de immuniteit van tenuitvoerlegging betreft, bevat dit arrest een relevante passage :

"Het vragen van verlof tot tenuitvoerlegging van de onderhavige uitspraak zou alleen dan in strijd geacht kunnen worden met de aan een vreemde staat naar volkenrecht toekomende immuniteit van executie, indien geoordeeld zou moeten worden dat het volkenrecht zich verzet tegen iedere executie van aan een vreemde staat toebehorend vermogen dat zich op het grondgebied van een andere staat bevindt. Een zodanige regel van volkenrecht bestaat echter niet" (NJB 1973, 1265).

Zie tevens Rb. Brussel 30 april 1951, Clunet 1952, 244 ; J.T. 1951, 298 ; R.C.D.I.P. 1952, 111.

Zie tevens de Europese Conventie over de immuniteit der staten (art. 12), wet 19 juli 1975, Belg. Staatsblad 10 juni 1976, 7856.

- (1) Zie DEHAUSSY, Arbitrage (droit international public), nr. 100 ; MANN, Brit. YB. Int. L. 1959, 30 ; MANN, Brit. YB. Int. L. 1967, 30-31 ; SIMMONDS, International commercial arbitration, 163-165.
- (2) Zie bijv. de verklaring van Equator aan de V.S.A. waarin bepaald werd dat de arbiters onafhankelijk staan van elke nationale rechter (JIMENEZ DE ARECHAGA, Mélanges Gidel, 378).

heerst de grootste verwarring (1). Deze vraag is belangrijk voor de nationale rechter, die een handelsarbitrage niet wil begeleiden en controleren wanneer deze volkenrechtelijk is (2). Zij is eveneens van belang voor de arbiters die bij hun rechtsvinding en rechtsaankleding geen rekening moeten houden met de begeleiding en controle van een nationale rechter, wanneer de handelsarbitrage volkenrechtelijk is.

Drie criteria kunnen aangewend worden om een arbitrage als volkenrechtelijk te kwalificeren : men kan het privaatrechtelijk of volkenrechtelijk statuut der partijen tot de arbitrage voor ogen houden ; men kan de aard nagaan van de overeenkomst, die de arbitrage op gang bracht ; men kan het karakter van de arbitrale beslechttingsinstantie onderzoeken (3). Naargelang één of enkele van deze criteria aangewend worden,

(1) De onzekerheid, die aangaande deze problematiek heerst, wordt gekenmerkt door de vaagheid van WEIL (128 RdC (1969, III)) die stelt dat de arbitrage tussen staten en particulieren eerder privaatrechtelijk dan volkenrechtelijk is (p. 153) ; maar dat het "klimaat" en de procedure van deze arbitrage vaak volkenrechtelijk is (p. 156). De meeste auteurs behandelen deze problematiek echter niet ; zij onderzoeken enkel of de handelsovereenkomst, tussen staten en internationale organisaties enerzijds, en private ondernemingen anderzijds, privaatrechtelijk of volkenrechtelijk is, zonder zich uit te spreken over het karakter van de arbitrage, die geschillen mbt. deze overeenkomst moet beslechten. Zie tevens GUYOMAR, A.F.D.I. 1959, 354.

(2) Zie nr. 89.

(3) Drie andere criteria lijken minder relevant :

1. Het al-dan-niet volkenrechtelijk karakter van de arbitrage zou afhangen van het feit of de beslechttingsnormen al-dan-niet volkenrechtelijk zijn. (SCHOTTELIUS, Internationale Schiedsgerichtharkeit, 44). Dit criterium leidt evenwel tot dubbelzinnigheid wanneer de arbiters zowel privaats als volkenrecht aanwenden. (Bijv. Saoedi-Arabië t. Aramco, R.C.D.I.P. 1963, 272 ; Wereldbank-Conventionie, art. 42) of wanneer het niet duidelijk is of de arbiters een beslechttingsnorm uit het volkenrecht of het privaatrecht putten. Bovendien is het moeilijk om in te zien hoe het recht, dat de arbiters op het geschil aanwenden, de rechterlijke kwalificatie van de arbitrage kan bepalen. Dit criterium lijkt bijgevolg onjuist (Cfr. MUNZBERG, Schranken der Parteivereinbarungen, 27).
2. Het onderscheid tussen handelingen "iure imperii" en "iure gestionis", dat in het volkenrecht ontwikkeld werd, naar aanleiding van de immuniteit van jurisdictie, lijkt aantrekkelijk als criterium om privaatrechtelijke van volkenrechtelijke arbitrage te onderscheiden. Indien de rechter, wegens de immuniteit van jurisdictie, geen kennis mag nemen van een geschil, waarbij een

zal men arbitrage als privaatrechtelijk of volkenrechtelijk kunnen kwalificeren. Meestal wijzen de criteria trouwens in dezelfde richting, zodat een kwalificatie zich opdringt.

Fragistas stelt dat alle partijen, zowel privaatrechtelijke als volkenrechtelijke, weliswaar steeds kunnen bedingen dat hun arbitrage "supranationaal" is. Vermits dergelijke arbitrage toch door een recht geregeerd moet worden, zou uit deze optie voor een "supranationale" arbitrage volgen dat het volkenrecht deze arbitrale beslechting beheerst (1). Fragistas' opvatting lijkt op het eerste zicht niet onlogisch wanneer men de contractuele opbouw van de arbitrage voor ogen heeft. Om de juistheid van deze opinie te toetsen, moet een analogie gemaakt worden. De mogelijkheid van partijen, die niet allen een volkenrechtelijke rechtspersoonlijkheid bezitten, om een volkenrechtelijke arbitrage te organiseren is verwant met hun mogelijkheid om te bedingen dat het volkenrecht

.../...

volkenrechtelijke persoon betrokken is, lijkt het logisch dat hij tevens de arbitrale beslechting van dit geschil niet mag begeleiden. Deze arbitrage zou derhalve aan zijn jurisdictie ontsnappen en kan als volkenrechtelijke arbitrage beschouwd worden (zie in deze zin SACERDOTI, G., in "International Commercial Arbitration", Report 54th Conference I.L.A., 1970, 81-82). Door de immuniteit van jurisdictie wordt een geschil - a fortiori de arbitrage die het beslecht - niet volkenrechtelijk. De immuniteit, met verschillende inhoud in elk nationaal recht, ontnemt de rechter in sommige gevallen enkel de rechtsmacht om te oordelen wanneer een buitenlandse staat verweerder is. Deze staat kan trouwens aan zijn immuniteit verzaken. De immuniteit is derhalve geen geschikt criterium (Cfr. MUNZBERG, Schranken der Parteivereinbarungen, 26).

3. De functie van de arbitrale beslechting zou ook als criterium kunnen gelden. Indien de arbitrage in de eerste plaats bedoeld is om te vermijden dat het geschil op volkenrechtelijk vlak uitgevochten wordt - tussen de staat, die partij tot de arbitrage is, en de staat, waarvan de particulier, die aan de arbitrage deelneemt, een onderdaan is - zou de arbitrage een volkenrechtelijke functie bezitten (CHAPAL, P., L'arbitrabilité des différends internationaux, Parijs 1967, 25 stelt dat dergelijke arbitrage, in wezen privaatrechtelijk, aldus een "service public international" vervult. Zie tevens DEHAUSSY en GOLDMAN, Arbitrage (en général), nr. 5). Dit criterium lijkt evenwel te vaag om richtinggevend te zijn : uiteindelijk kan elk geschil, dat draait rond de volkenrechtelijke aansprakelijkheid van de staat, op volkenrechtelijk niveau uitgevochten worden.

(1) FRAGISTAS, Arbitrage étranger et arbitrage international en droit privé, R.C.D.I.P. 1960, 17.

hun overeenkomst zal beheersen - een probleem dat meer in de belangstelling van de rechtsleer stond (1). Voor Mann, hierin gevolgd door enkele andere auteurs, kunnen partijen geldig bedingen dat het volkenrecht hun overeenkomst zal beheersen - ook al horen niet alle partijen tot de overeenkomst thuis in de volkenrechtelijke sfeer. Het i.p.r. van elk nationaal recht zou partijen immers toestaan om, i.p.v. buitenlands recht, volkenrecht van toepassing te verklaren op hun overeenkomst, indien deze een voldoende band met het volkenrecht bezit (2). Deze opvatting lokte weliswaar enige kritiek uit van auteurs, die beweerden dat het i.p.r. enkel naar een nationaal recht, en niet naar volkenrecht kan verwijzen (3). De Engelse rechter erkende echter dat een volkenrechtelijk en een privaatrechtelijke persoon hun overeenkomst aan het volkenrecht kunnen onderwerpen (4). Wanneer het volkenrecht de meest geschikte normenbron is, zie ik trouwens geen reden waarom zij dit niet zouden kunnen. Belangrijk is evenwel dat een keuze van het volkenrecht in elk geval een feitelijke band tussen de overeenkomst en het volkenrecht zou veronderstellen. Analooq kan men stellen dat de

-
- (1) Alhoewel MANN, (International Arbitration Domke, 179, noot 15) elke analogie van de hand wijst, meen ik met KLEIN (Ann. S. Dr. Intern. 1963, 53) en MUNZBERG (Schranken der Parteivereinbarungen, 170) dat deze analogie, tussen de keuze van het volkenrecht als arbitragewet en de keuze van het volkenrecht als beslechtingsnorm, wel aanwezig is.
 - (2) MANN, Jus et Lex 481-482 ; Brit. YB. Int. L. 1959, 41-46 ; zie tevens RENGELING, Privatvölkerrechtliche Verträge, 107 ; SCHLESINGER-GUNDISCH, 28 RabelsZ. (1964), 23 ; WENGLER, Geciteerd door VAN HECKE, Accords entre un état et une personne privée étrangère, Ann. I.D.I. 1977,
 - (3) Bijv. BOCKSTIEGEL, Der Staat, 122-125 ; FISCHER, Die Privatperson als völkerrechtlicher Vertragspartner des Staates, O.Z.ö.R. 1973, 358 ; FISCHER, Konzession, 352 ; MUNZBERG, Schranken der Parteivereinbarungen, 174-176 ; WENGLER, R.G.D.I.P. 1972, 318-320.
 - (4) Orion Cia. Espanola de Seguros v. Belfort Maats. (1962) 2 Lloyd's Rep. 264. Het kan zijn dat de partijen geldig overeenkomen dat "the legal relations should be decided by the arbitral tribunal ... perhaps on the basis of principles of public international law ; for example in a contract to which a Sovereign state was a party".

partijen slechts een volkenrechtelijke handelsarbitrage kunnen organiseren wanneer deze arbitrage een band bezit met het volkenrecht. De aard der partijen tot de arbitrage, de natuur van de overeenkomst tot arbitrage en het karakter van de arbitrale instelling lijken objectieve criteria, die de handelsarbitrage volkenrechtelijk kunnen maken.

1. Partijen tot de arbitrage

128. Luidens de klassieke opvatting is elke arbitrage tussen volkenrechtelijke rechtssubjecten volkenrechtelijke arbitrage. Een handelsarbitrage tussen twee staten (1), of tussen een staat en een internationale organisatie is bijgevolg zonder enige twijfel volkenrechtelijk.

Sommige handelsovereenkomsten worden evenwel niet afgesloten tussen staten maar tussen een staat en een entiteit, die alhoewel ze een afzonderlijke rechtspersoon is, toch nauwe banden met een andere staat bezit (2) of tussen twee dergelijke entiteiten (3). Kunnen zulke "state controlled bodies" met de staat gelijkgesteld worden om de arbitrage volkenrechtelijk te maken? Wanneer men stelt dat enkel de staat en diens organen, welke geen afzonderlijke rechtspersoonlijkheid bezitten, door het volkenrecht beheerst worden, is een arbitrage niet

-
- (1) Uit de arbitrale uitspraak tussen Engeland en Griekenland inzake de afgeleide vrachten (R.C.D.I.P. 1956, 285-286; Rev. Arb. 1956, 20) blijkt dat arbiter Cassin een handelsgeschil tussen twee staten mogelijk achtte vermits hij benadrukte dat de partijen handelden "en tant que sujets du droit international" en dat het geschil "se rapporte directement aux conséquences d'une guerre menée en commun par eux contre une tierce puissance".
 - (2) Bijv. de overeenkomst tussen de Belgische regering en NIOC. Zie SUY, B.T.I.R. 1974, 142.
 - (3) Bijv. de overeenkomsten tussen Jordan National Resource Authority en Industrija Nafte Zagreb (OPEC 1968, 335); Kuwait National Petroleum Company en Pertamina (OPEC 1968, 105); Iraq National Oil Company en ERAP (OPEC 1968, 107); tussen NIOC, ERAP, Oesterreichische Mineralöl Verwaltung e.a. (OPEC 1969, 15); tussen ERAP, Sofiran en NIOC (OPEC 1966, 132); tussen PETROMIN en AGIP (OPEC 1967, 190); tussen ERAP, Auxerap, Aquitaine-Libye en LIPETCO (Libië) (OPEC 1968, 197).

partijen slechts een volkenrechtelijke handelsarbitrage kunnen organiseren wanneer deze arbitrage een band bezit met het volkenrecht. De aard der partijen tot de arbitrage, de natuur van de overeenkomst tot arbitrage en het karakter van de arbitrale instelling lijken objectieve criteria, die de handelsarbitrage volkenrechtelijk kunnen maken.

1. Partijen tot de arbitrage

128. Luidens de klassieke opvatting is elke arbitrage tussen volkenrechtelijke rechtssubjecten volkenrechtelijke arbitrage. Een handelsarbitrage tussen twee staten (1), of tussen een staat en een internationale organisatie is bijgevolg zonder enige twijfel volkenrechtelijk.

Sommige handelsovereenkomsten worden evenwel niet afgesloten tussen staten maar tussen een staat en een entiteit, die alhoewel ze een afzonderlijke rechtspersoon is, toch nauwe banden met een andere staat bezit (2) of tussen twee dergelijke entiteiten (3). Kunnen zulke "state controlled bodies" met de staat gelijkgesteld worden om de arbitrage volkenrechtelijk te maken? Wanneer men stelt dat enkel de staat en diens organen, welke geen afzonderlijke rechtspersoonlijkheid bezitten, door het volkenrecht beheerst worden, is een arbitrage niet

-
- (1) Uit de arbitrale uitspraak tussen Engeland en Griekenland inzake de afgeleide vrachten (R.C.D.I.P. 1956, 285-286; Rev. Arb. 1956, 20) blijkt dat arbiter Cassin een handelsgeschil tussen twee staten mogelijk achtte vermits hij benadrukte dat de partijen handelden "en tant que sujets du droit international" en dat het geschil "se rapporte directement aux conséquences d'une guerre menée en commun par eux contre une tierce puissance".
 - (2) Bijv. de overeenkomst tussen de Belgische regering en NIOC. Zie SUY, B.T.I.R. 1974, 142.
 - (3) Bijv. de overeenkomsten tussen Jordan National Resource Authority en Industrija Nafta Zagreb (OPEC 1968, 335); Kuwait National Petroleum Company en Pertamina (OPEC 1968, 105); Iraq National Oil Company en ERAP (OPEC 1968, 107); tussen NIOC, ERAP, Oesterreichische Mineralöl Verwaltung e.a. (OPEC 1969, 15); tussen ERAP, Sofiran en NIOC (OPEC 1966, 132); tussen PETROMIN en AGIP (OPEC 1967, 190); tussen ERAP, Auxerap, Aquitaine-Libye en LIPETCO (Libië) (OPEC 1968, 197).

volkenrechtelijk wanneer een "state controlled body" partij is (1). Een afzonderlijke rechtspersoonlijkheid lijkt evenwel een formeel kenmerk, waarop men niet kan steunen. Deze rechtspersoonlijkheid wordt niet toegekend door het volkenrecht, maar door een nationaal recht. Bepaald door het nationale recht van de betrokken staat, kan het door deze staat gemanipuleerd worden (2). Relevanter lijkt de omstandigheid dat de entiteit door de staat gecontroleerd wordt. Deze controle kan zich uiten door de politieke binding welke een publiekrechtelijk organisme met de staat heeft ; bij handelsvennootschappen wordt deze controle uitgeoefend door middel van de meerderheid in de aandeelhoudersvergadering (3).

Kenmerkend voor de verwarring die hierover heerst, is de onenigheid over het statuut van de National Iranian Oil Company (NIOC) en van de staatsondernemingen der Oostbloklanden.

NIOC wordt door de enen beschouwd als een deel van de Iraanse staat (4). Alhoewel haar statuten NIOC als een handelsvennootschap met aandelen bestempelen, vervult NIOC bij uitstek een publiekrechtelijke rol. Het is NIOC die de oliecontracten afsluit voor rekening van de Iraanse Staat. Het NIOC-bestuur wordt door de Iraanse regering benoemd. NIOC sluit bovendien namens de Iraanse regering verdragen af (5). Voor anderen primeren de privaatrechtelijke aspecten van NIOC ; zij ontzeggen NIOC elk volkenrechtelijk statuut (6).

Meer eensgezindheid bestaat er om de staatsondernemingen van de U.S.S.R.

-
- (1) Zie in deze zin : VAN HECKE, *Accords entre un état et une personne privée étrangère*, Ann. I.D.I., 1977,
 - (2) Zie RENGELING, Privatvölkerrechtliche Verträge, 34 ; WEIL, 129 RdC (1969, III), 105.
 - (3) Zie BOCKSTIEGEL, NJW 1975, 1579-1580 ; WEIL, 128 RdC (1969, III), 106.
 - (4) Arrondissementsrechtbank Den Haag 15 april 1965, 5 I.L.M. (1966) 477 ; FISCHER, Konzession 165, noot 30 ; 210 ; KOJANEC, YB. W.A. 1970, 191-192 ; LOGIE, J., *Les contrats pétroliers Iraniens*, B.T.I.R. 1965, 392-428, 393-397 ; SURATGAR, *The Sapphire Arbitration Award*, Columbia Journal of Transnational law 1964, 166 ; WEIL, 129 RdC (1969, III), 105.
 - (5) Verdrag met Saoedi-Arabië ter afbakening van de zeebodem in de Perzische golf. OPEC 1968, 368.
 - (6) Bijv. BROCHES, 136 RdC (1972, II), 383-384 ; SUY, E., *De Ibramco-affaire (internationale aspecten)*, B.T.I.R. 1974, 146-151.

niet te beschouwen als deel van de Sovjet staat(1). Niettemin meent Böckstiegel dat dergelijke staatsondernemingen met de staat gelijkgesteld moeten worden wat de arbitrage van geschillen betreft (2).

De meest netelige vraag is evenwel of een arbitrage tussen een internationale organisatie, een staat of een hiermee gelijkgestelde entiteit enerzijds en een private onderneming anderzijds een volkenrechtelijke arbitrage is. Volgens de klassieke opvatting kan er van volkenrecht slechts sprake zijn wanneer het rechtsbetrekkingen betreft tussen staten of internationale organisaties (3). Andere groeperingen dan staten of internationale organisaties werden evenwel reeds als volkenrechtelijke rechtspersonen erkend (4). Heden kan men zelfs pleiten voor de toekenning van de volkenrechtelijke rechtspersoonlijkheid aan entiteiten, die actief zijn op wereldplan, zoals multinationals of filantropische stichtingen (5). Zelfs een individu is trouwens in een beperkte mate reeds drager van volkenrechtelijke rechten en plichten (6). De vraag naar de volkenrechtelijke aard van een arbitrage tussen een internationale organisatie, een staat of hiermee gelijk te stellen entiteit enerzijds en een private onderneming anderzijds kan evenwel gekoppeld worden aan de volkenrechtelijke aard van de overeenkomst tot arbitrage. Bijgevolg dient naar het volgende criterium overgestapt.

-
- (1) Zie bijv. Jordan Investments Ltd.v. Soyuznefteexport, C.A.C. nr. 64 ; tevens International Commercial Arbitration, Report of the 54th Conference I.L.A. (JAKUBOWSKI, J. p. 70 ; KALOGERA, M. p. 78 ; NESTOR, I., p. 70) en SKAPSKI, 136 RdC (1972, II) 556-557.
 - (2) BOCKSTIEGEL, Der Staat, 329 ; zie evenwel 372.
 - (3) LAUTERPACHT, Recueil Guggenheim, 659 ; MCNAIR, Brit. YB. Int. L. 1957, 10 ; RENGELING, Privatvölkerrechtliche Verträge, 136 ; TRIEPEL, H., Völkerrecht und Landesrecht, Leipzig 1899, 20.
 - (4) Zie bijv. VERDROSS, A., Völkerrecht, Wenen 1964, 203-222.
 - (5) Zie OKEKE, C., Controversial subjects of contemporary international law, Rotterdam 1974, 207-208.
 - (6) LAUTERPACHT, Recueil Guggenheim, 660 ; zie SUY E., Leerboek van het Volkenrecht, deel I, Leuven 1972, 275-282.

2. Overeenkomst tot arbitrage

129. Het privaatrechtelijk of volkenrechtelijk karakter van de arbitrage kan afgeleid worden uit de aard der overeenkomst tot arbitrage, die de beslechting op touw zet (1).

Voor o.m. Verdross, Bourquin en Kipp kan een overeenkomst tussen een staat en een buitenlandse investeerder niet geregeerd worden door het nationale recht van deze staat. Omdat één der partijen geen volkenrechtelijke rechtspersoon is, zou ook het volkenrecht niet in aanmerking komen. Dergelijke overeenkomst zou quasi-volkenrechtelijk zijn. Zij wordt in geen enkel rechtssysteem ingeschakeld ; zij vormt zelf het geraamte van een quasi-volkenrechtelijk normengeheel, dat bestaat uit de contractuele bedingen en uit de algemene rechtsbeginselen. Haar bedingen, die normen worden door het algemene rechtsbeginsel "pacta sunt servanda", maken de kern uit van dit normengeheel. Zij worden aangevuld met algemene rechtsbeginselen (2). Het compromissoir beding van dergelijke overeenkomst zou bijgevolg ook in dit quasi-volkenrechtelijk normengeheel thuishoren. Bijgevolg zou niets beletten dat ook de arbitrage, die uit het compromissoir beding voortvloeit, door quasi-volkenrechtelijke normen beheerst wordt. In werkelijkheid vangt de theorie van de , quasi-volkenrechtelijke overeenkomst vele en gegronde kritiek (3). Derhalve kan men ook twijfelen aan de mogelijkheid van een staat en een private onderneming om een arbitrage te organiseren, die niet beheerst zou worden door een nationaal of het interna-

-
- (1) BAUMBACH-SCHWAB, Schiedsgerichtsbarkeit, 49 ; HALLIER, H.J., Völkerrechtliche Schiedsinstanzen für Einzelpersonen und ihr Verhältnis zur innerstaatlichen Gerichtsbarkeit, Keulen-Berlijn 1962, 14 ; MUNZBERG, Schranken der Parteivereinbarungen, 28 ; NUSSBAUM, A., Internationales Privatrecht, Tübingen 1932, 466.
 - (2) BOURQUIN, Protection of private foreign investments, 111 en 133 ; KIPP, 5 Ber. D. Ges. VR. (1964), 161-167 ; VERDROSS, 6 Z.f. Rvgl. (1965), 131-132 ; 18 ZaöRV (1957), 635.
 - (3) Zie bijv. BOCKSTIEGEL, Der Staat, 116-119 ; ZWEIFERT, 5 Ber. D. Ges. VR (1964), 210.

tionaal recht, maar die - als een uitbouw van de quasi-volkenrechtelijke overeenkomst - door het quasi-volkenrecht zou geregeerd worden.

Voor Böckstiegel kan een overeenkomst tussen aan de ene zijde een private onderneming en aan de andere zijde een soevereine staat, een administratief onderdeel, een staatsonderneming of een onderneming waarover de staat zeggenschap bezit, in een beperkte mate volkenrechtelijk zijn (1). Dergelijk "beschränkt völkerrechtliches Vertrag" wordt door de staat op het hoogste niveau afgesloten. Meestal bevat zij tevens een compromissoir beding en sluit zij uit dat zij door een nationaal recht beheerst wordt (2). Door het sluiten van een dergelijk "beschränkt völkerrechtliches Vertrag" met een staat verkrijgt de private onderneming een afgeleide volkenrechtelijke rechtspersoonlijkheid, nl. één die beperkt is tot wat noodzakelijk is om partij tot de beperkt-volkenrechtelijke overeenkomst te kunnen zijn (3). Vermits de arbitrage van een geschil over de overeenkomst nauw met de overeenkomst samenhangt, kan men stellen dat bij de arbitrage van een "beschränkt völkerrechtliches Vertrag" beide partijen een voldoende volkenrechtelijke rechtspersoonlijkheid bezitten opdat ook deze arbitrage volkenrechtelijk zou zijn.

Rengeling meent dat overeenkomsten tussen een staat en een buitenlandse concessiehouder of investeerder onderworpen zijn aan het "Privatvölkerrecht". Hiermee bedoelt hij de rechtsorde, ter regeling van verhoudingen tussen staten en niet staten, die naast het tussenstaats volkenrecht, deel uitmaakt van het recht van de internationale gemeenschap (4). Hij stelt uitdrukkelijk dat de arbitrage over dergelijke overeenkomst, georganiseerd door "Privatvölkerrechtssubjekte", ook "privatvölkerrechtlich" is (5).

(1) BOCKSTIEGEL, Der Staat, 101.

(2) BOCKSTIEGEL, Der Staat, 310-311.

(3) BOCKSTIEGEL, Der Staat, 309.

(4) RENGELING, Privatvölkerrechtliche Verträge, 192-236.

(5) RENGELING, Privatvölkerrechtliche Verträge, 256.

Fischer meent dat de concessie, die de staat of een hiermee gelijk-gestelde entiteit verleent aan een buitenlandse onderneming, door het volkenrecht beheerst wordt (1). De arbitrage, georganiseerd in gevolge het compromissoir beding van dergelijke concessie-overeenkomst, zou derhalve dit volkenrechtelijk karakter overnemen. Trouwens meent hij dat uit een compromissoir beding in een overeenkomst, die niet binnen de "Gesetzgebungssoveränität" van een staat ligt, onmogelijk een arbitrage, die aan een nationale arbitragewet onderworpen is, kan voortvloeien (2). Bijgevolg kan de arbitrage over de concessie slechts volkenrechtelijk zijn.

Ook een arbitrage tussen een internationale organisatie en een private onderneming kan volkenrechtelijk zijn. Een arbitrale uitspraak van 1958 van de I.K.K., geveeld door H. Batiffol, toont dit aan. De UNRWA, orgaan van de Verenigde Naties, had een handelsovereenkomst gesloten met een private onderneming waarin een compromissoir beding voorkwam. Professor Batiffol oordeelde dat dit compromissoir beding door het volkenrecht beheerst werd : de UNRWA verkreeg ingevolge het verdrag, waardoor het opgericht werd, de nodige rechtspersoonlijkheid en de mogelijkheid om overeenkomsten en compromissoir bedingen af te sluiten. Meer speciaal volgde dit uit het verdrag inzake de privileges en immuniteiten van de Verenigde Naties (1946). Bijgevolg - zo oordeelde Batiffol - heeft dit compromissoir beding

"son fondement juridique dans un acte relevant du droit international public et se trouve valable par application de ce droit sans qu'il soit nécessaire, à ce point de vue, de l'appuyer sur une loi nationale, comme ce serait le cas pour un contrat entre personnes privées" (3).

Uit dergelijk volkenrechtelijk compromissoir beding kan alleen een

(1) FISCHER, Konzession, 451.

(2) FISCHER, Konzession, 427.

(3) Zie Ann. C.D.I. 1967, II, 227-228. VALTICOS, Contrats conclus par les organisations internationales avec des personnes privées, Ann. C.D.I. 1977, nr. 70 en 121.

volkenrechtelijke arbitrage volgen.

3. Arbitrale instantie

130. De volkenrechtelijke dimensie van de instantie, die de partijen met de arbitrage van hun geschil belasten, kan ook relevant zijn om deze beslechting volkenrechtelijk te maken.

Uitgesproken volkenrechtelijk lijkt het Permanent Hof van Arbitrage. Dit Hof, opgericht door verdragen van 1898 en 1907, was gedurende verscheidene decennia de instelling ter arbitrage van geschillen tussen staten. Het werd opgericht door een verdrag tussen staten ; aan zijn volkenrechtelijke origine en karakter kan niet getwijfeld worden. Het bezit bovendien een vaste traditie van volkenrechtelijke beslechting. Sedert 1962 staat het evenwel ook open voor de arbitrage van geschillen tussen een staat en een private onderneming (1). Hierdoor ging het Permanent Hof van Arbitrage in op het voorstel, door menig auteur geformuleerd, om zich ook voor de private onderneming open te stellen (2). In enkele overeenkomsten tussen een staat en een buitenlandse private onderneming werd voor de beslechting door het Permanent Hof van Arbitrage geopteerd (3).

Ook het Centrum voor Beslechting van Investeringsgeschillen heeft een volkenrechtelijke oorsprong, nl. de Wereldbank-conventie (1965) (4).

-
- (1) Zie het arbitrage-reglement 57 A.J.I.L. (1963), 500-512 ; zie tevens Circular note of the secretary-general, 54 A.J.I.L. (1960), 933-941 ; mededeling van GUYOMAR, G. in R.C.D.I.P. 1963, 142-143 ; A.F.D.I. 1962, 377 ; Ann. S. Dr. Intern. 1959, 285.
 - (2) Bijv. GARCIA-AMADOR, Ann. C.D.I. 1960, II, 51 ; SEIDL-HOHENVELDERN, Report 49th Conference I.L.A., 225-244 ; Ann. C.D.I. 1953, II, 208-212.
 - (3) Bijv. in de overeenkomst tussen Mauretanië en Planet Oil and Mineral Co. (1966) (geciteerd door FISCHER, Die Privatperson als völkerrechtlicher Vertragspartner des Staates, O.Z.ö.R. 1973, 354) en in de overeenkomst tussen Soedan en Turiff (besproken door ERADES, De Soedan-arbitrage, N.T.I.R. 1970, 200).
 - (4) Zie nr. 107.

Het beslecht weliswaar enkel geschillen tussen een staat en een buitenlandse investeerder ; derhalve kan het Centrum niet, zoals het Permanent Hof van Arbitrage, steunen op een reeks beslechtingen tussen staten, waarvan het volkenrechtelijk karakter zelfs door de meest klassieke volkenrechtsgeleerde niet betwist kan worden. De Wereldbank-conventie loodst het Centrum evenwel in de volkenrechtelijke sfeer binnen. Bovendien kan de arbitrage van het Centrum luidens de Wereldbank-conventie door geen nationale rechter "bevoegd" en gecontroleerd worden (1). Bijgevolg moet men besluiten dat de arbitrage van het Centrum geen "nationaliteit" bezit (2). Men moet m.i. niet zo ver gaan te beweren dat de Wereldbank-conventie de private onderneming, wat het te beslechten geschil betreft, met een volkenrechtelijk persoon gelijkstelt (3). De arbitrage van het Centrum is evenwel volkenrechtelijk.

De I.K.K. lijkt onder de arbitrage-instellingen degene, die het meeste geschillen beslecht tussen een staat, hiermee gelijk te stellen entiteit of internationale organisatie enerzijds en een private onderneming anderzijds (4). De I.K.K. is evenwel een privaatrechtelijke, en geen volkenrechtelijke instelling (5). Meestal beslecht de I.K.K. geschillen tussen private ondernemingen ; zij bezit eerder een traditie van privaatrechtelijke dan volkenrechtelijke beslechting. In arbitra-

-
- (1) Het centrum verzekert de aanstelling van de arbiter bij onenigheid tussen partijen (art. 38). Enkel uit het Verdrag kunnen de verhaalmogelijkheden geput worden (art. 51-52). Het Verdrag zelf verzekert de tenuitvoerlegging van de uitspraak (art. 54).
 - (2) Zie nr. 81.
 - (3) FISCHER, Konzession, 441, noot 13, contra PIRRUNG, Schiedsgerichtbarkeit nach dem Weltbank-Übereinkommen, 192.
 - (4) Zie nr. 108.
 - (5) Ondanks hardnekkige, maar niet-overtuigende pogingen om door middel van het monisme (dat volkenrecht en nationaal recht als elementen van het ene recht beschouwt) de I.K.K. het statuut van volkenrechtelijk persoon toe te kennen (p. 221-262), geeft zelfs DAHLGRUN, H.M., Funktionen und Rechtspersönlichkeit der internationalen Handelskammer, Mainz 1969, 219 toe dat de I.K.K. geen volkenrechtelijke persoon is.

ges met een Nationale Munt en met een internationale organisatie als partij gingen de arbiters trouwens na of deze partijen krachtens een nationale wet de bevoegdheid hadden om een overeenkomst tot arbitrage te sluiten (1). Bijgevolg kan men stellen dat de I.K.K., ook bij een arbitrage waarbij een staat, een hiermee gelijkgestelde entiteit of een internationale organisatie partij is, zich met privaatrechtelijke arbitrage bezig houdt (2).

Hoe delicaat het probleem is, gesteld door de "ad hoc"-arbitrage, blijkt uit de uitspraak in de zaak Aramco en Saoedi-Arabië en in de zaak Sapphire tegen NIOC.

Omdat Saoedi-Arabië partij tot de arbitrage was kon deze, zo oordeelden de arbiters, niets anders dan volkenrechtelijk zijn. Immers het recht op immuniteit van Saoedi-Arabië verhinderde elke rechterlijke inmenging in de arbitrale beslechting (3). In werkelijkheid was dit argument niet steekhoudend. Saoedi-Arabië genoot immers geen immuniteit, - wat de arbiters trouwens zelf erkenden (4).

De beslissing van de arbiters om de arbitrage volkenrechtelijk te verklaren werd ingegeven door hun bekommernis te vermijden dat enorme registratierechten op de uitspraak dienden betaald te worden en dat de uitspraak voor de rechter in beroep aangevochten zou worden (5).

Anderzijds oordeelde de arbiter dat de arbitrage tussen NIOC en Sapphire niet volkenrechtelijk, maar privaatrechtelijk was. De arbitrage-overeenkomst liet de arbiter toe om zelf de arbitrale procedure te bepalen. De arbiter meende dat de arbitrale procedure moest onderworpen zijn aan "la haute surveillance d'une autorité étatique". Hij besloot dat zij derhalve onderworpen was aan de soevereiniteit van het kanton Vaud, vermits de arbitrale zetel in diens hoofdstad, Lausanne, gevestigd was (6).

(1) Zie I.K.K. nr. 2091 (Rev. Arb. 1975, 255) en nr. 2102.

(2) Zie VALTICOS, Ann. I.D.I. 1977, nr. 115.

(3) Zie BASTID, S., Le droit international public dans la sentence arbitrale de l'Aramco, A.F.D.I. 1961, 300-311, 303.

(4) R.C.D.I.P. 1963, 306 ; MUNZBERG, Schranken der Parteivereinbarungen, 26.

(5) LALIVE, 120 RdC (1967, I), 653-658.

(6) VERDROSS, A., Zwei schweizer Schiedssprüche über quasi-völkerrechtliche Verträge, Ann. S. Dr. Intern. 1964, 15-24, 18.

Deze oplossing werd evenwel ook onjuist geacht door de rechtsleer. De overeenkomst tussen NIOC en Sapphire had immers vele volkenrechtelijke aspecten. Het lag niet in de bedoeling der partijen dat het Zwitsers recht hierop van toepassing zou zijn. Evenmin was het hun opzet dat de arbitrage over deze overeenkomst onderworpen zou zijn aan de controle van de Zwitserse rechter (1).

Het is tenslotte niet uitgesloten dat nationale (2) of bedrijfssectoriële (3) instellingen een geschil arbitrereren waarbij een staat, een hiermee gelijkgestelde entiteit of een internationale organisatie partij is. Deze instellingen zijn niet volkenrechtelijk door hun organisatie. Zij beslechten nagenoeg steeds privaatrechtelijke geschillen. Derhalve lijkt het uitgesloten dat zij volkenrechtelijke arbitrage zouden plegen omdat toevalligerwijze een staat of internationale organisatie partij is bij de beslechting van een geschil, dat tot de routine van de instelling behoort.

C. De volkenrechtelijke handelsarbitrage en de arbitrageverdragen

131. De consequenties van het volkenrechtelijk statuut van een handelsarbitrage, waarvan een private onderneming partij is, werden in de rechtsleer nog niet uitgetekend. Logischerwijze zou dit volkenrechtelijk statuut insluiten dat de rechter onbevoegd is de arbitrage te begeleiden - niet alleen wanneer de staat, een daarmee gelijkgestelde entiteit of een internationale organisatie de onwillige partij is, doch

-
- (1) SURATGAR, The Sapphire arbitration award, Columbia Journal of Transnational Law, 1964, 176-186.
 - (2) Bijv. de American Arbitration Association was de arbitrale instelling voor het Koninkrijk der Nederlanden, de Indische regering en de Franse republiek (SARAJINI, Arbitration of Trade controversies between Governments and foreign firms, Indian Journal of International Law 1960, 462-463), de UNO en het IMF (VALTICOS, Contrats conclus par les organisations internationales, Ann. I.D.I., 1977, nr. 104).
 - (3) De London Corn Trade Association en de Chambre de riz, légumes secs et graines van Marseille arbitreerden voor de PAM (VALTICOS, Ann. I.D.I. 1977, nr. 122). De maritieme arbitrage beslechtte voor de regeringen van Ceylon (Government of Ceylon v. Chandris, (1963) 2 Q.B. 327) en Indië (President of India v. Metcalfe Shipping Co. (1969) 2 Q.B. 123).

tevens wanneer het de private onderneming is die tegenwerkt.

Het is niet duidelijk of het Verdrag van New York voor de erkenning van vreemde arbitrale uitspraken van toepassing is op een volkenrechtelijke arbitrage. De Nederlandse Hoge Raad oordeelde dat het Verdrag de erkenning en tenuitvoerlegging regelt van een uitspraak, zonder dat de band moet aangetoond worden tussen de arbitrage en een nationale arbitragewet (1). Het Verdrag zou derhalve ook voor volkenrechtelijke arbitrage gelden. Anderzijds zou men uit de voorbereidende werken van het Verdrag kunnen afleiden dat het Verdrag enkel van toepassing is wanneer de overeenkomst tot arbitrage door een nationaal recht beheerst wordt (2). Indien dit zo is, zou het Verdrag van New York niet gelden voor de volkenrechtelijke handelsarbitrages, zodra de overeenkomst tot arbitrage door het volkenrecht beheerst wordt.

Het Europees Verdrag inzake de internationale handelsarbitrage lijkt van toepassing op de volkenrechtelijke handelsarbitrage, voor zover het statuut van de volkenrechtelijke arbitrage verzoenbaar is met de inhoud van dit verdrag. Uit art. II volgt trouwens dat publiekrechtelijke entiteiten, die met de staat gelijk te stellen zijn, ook binnen de toepassingsfeer van het Verdrag vallen. Het lijkt evenwel vereist dat de partijen tot de volkenrechtelijke handelsarbitrage gevestigd zijn in verscheidene staten, die tot het Verdrag toetraden (3).

Niettemin paste arbiter Lehmann het Europees Verdrag toe in een arbitrage tussen een internationale organisatie, gevestigd in Frankrijk, en een Franse kantorenverhuurder, alhoewel partijen niet in verscheidene staten gevestigd waren.

"L'alinéa 3 de l'article 5 de la Convention européenne (est) applicable en l'espèce en raison du caractère de personne morale de droit public international de la demanderesse, de l'extraterritorialité de ses locaux et du fait qu'il s'agit d'un litige de caractère économique" (4).

(1) Hoge Raad 26 oktober 1973, NJB 1973, 1265.

(2) WETZMULLER, Der "internationale" Schiedsspruch im U.N. Ubereinkommen, 44.

(3) Art. I.

(4) I.K.K. nr. 2091, Rev. Arb., 1975, 252, 254.

De omstandigheid dat een internationale organisatie zekere immuniteiten en privileges geniet - wat nog geen extraterritorialiteit is - beduidt niet dat zij elders dan in Frankrijk gevestigd was (1). Bijgevolg lijkt het onjuist dat de arbiter het Europees verdrag toepaste op een geschil tussen een internationale organisatie en een partij, die in dezelfde staat gevestigd waren (2).

(1) Zie MITCHELL, L.M., Organisations internationales, Dall. Répertoire de droit international, nr. 60-62.

(2) Zie tevens FOUCHARD, noot onder I.K.K. nr. 2091, Rev. Arb. 1975, 260-261.

DEEL II

ARBITRALE BESLECHTINGSNORMEN

	pag.
<u>DEEL II : ARBITRALE BESLECHTINGSNORMEN</u>	200
<u>Hoofdstuk I : De billijkheid</u>	201
§ 1. Arbitrage naar billijkheid en het arbitragerecht	203
A. De Franse "amiable composition"	203
1. De "amiable composition" en het beroep bij de rechter	205
2. De "amiable composition" en de procedureregelen	207
3. De "amiable composition" en het oordeel naar billijkheid	210
B. De Belgische arbitrage naar billijkheid	212
C. De Duitse arbitrage naar billijkheid	213
D. De Engelse arbitrage "in rechte"	216
E. Arbitrage naar billijkheid en transnationale handelsarbitrage	218
§ 2. De billijkheid als arbitrale norm	222
<u>Hoofdstuk II : De contractuele bedingen</u>	232
§ 1. Eerste bron van arbitrale rechtsvinding	232
§ 2. Niet enige bron van arbitrale rechtsvinding	239
§ 3. Eerste bron van recht	244
§ 4. Contractuele bedingen en de arbitrage naar billijkheid	258
<u>Hoofdstuk III : De handelsgebruiken</u>	265
§ 1. Handelsgebruiken en handelsarbitrage	265
§ 2. Vaststelling van het handelsgebruik	268
§ 3. Het handelsgebruik als arbitrale beslechtingsnorm	275
§ 4. De rol der handelsgebruiken	281
§ 5. De "Lex Mercatoria"	283
§ 6. De arbitrage naar billijkheid en de handelsgebruiken	288
<u>Hoofdstuk IV : Het nationaal recht</u>	290
§ 1. De transnationale handelsarbitrage en het nationaal recht	290
§ 2. Het vaststellen van normen van nationaal recht	296
A. De "Special case" in Engeland	298
B. Het ministerieel advies over de interpretatie van verdragen in Frankrijk	300

	pag.
C. De prejudiciële vraag naar Duits recht	303
D. Beslissing van de Europese Commissie en prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie	305
E. De prejudiciële vraag aan het Benelux-Gerechtshof	308
F. Een "special case" naar Belgisch, Frans of Duits recht ?	309
§ 3. Het nationaal recht als beslechttingsnorm	311
§ 4. De arbitrage naar billijkheid en het aanwenden van nationaal recht	313
A. De "amiable composition" naar Belgisch en Frans recht	314
B. De Duitse arbitrage naar billijkheid	317
C. Arbitrage naar billijkheid en het Engelse recht	318
§ 5. Stabilisatie- en immuniteitsbedingen	319
<u>Hoofdstuk V : De algemene rechtsbeginselen</u>	326
§ 1. Algemene rechtsbeginselen en de transnationale handelsarbitrage	326
§ 2. Vaststelling der algemene rechtsbeginselen	334
§ 3. De algemene rechtsbeginselen als beslechttingsnorm	348
§ 4. De algemene rechtsbeginselen en de arbitrage naar billijkheid	354
§ 5. De binomiale benadering.	357
<u>Hoofdstuk VI : Het internationaal recht</u>	362
§ 1. De transnationale handelsarbitrage en het internationaal recht	362
§ 2. Vaststelling van het internationaal recht	368
§ 3. Het internationaal recht als beslechttingsnorm	377
§ 4. Internationaal recht en arbitrage naar billijkheid	379
§ 5. De internationaal-rechtelijke oplossing als richtlijn	382
A. De diplomatieke bescherming	384
B. Overkoepelende verdragen	389
C. Het Centrum voor Beslechting van Investeringsgeschillen	390
<u>Hoofdstuk VII : Van TOPOS naar SYSTEEM</u>	393

HOOFDSTUK I

DE BILLIJKHEID

132. De billijkheid bekleedt een speciale plaats bij de arbitrale beslechting. Soms manen arbitragereglementen de arbiters aan om hun oordeel naar billijkheid te vellen.

De arbiters moeten oordelen "als goede mannen naar billijkheid" (1), als "amiable compositeurs" (2) of als "bemiddelaars" (3). De arbiter moet beslissen "nach seiner gewissenhaften Ueberzeugung und nach seinem billigen Ermessen" (4) of "nach Billigkeit, Treu und Glauben, sowie nach pflichtgemässen Ermessen" (5). Hij dient te beslechten "en toute science et conscience" (6).

Andere arbitragereglementen stellen daarentegen dat de arbiters slechts naar billijkheid moeten oordelen indien de partijen zo overeenkwamen (7). Vaak dragen de partijen de arbiters op om naar billijkheid te

-
- (1) Arbitragereglement der Syndikale Kamer van Handelaars en Makelaars in Chicoreibonen, Beroep Gent 8 juni 1951, R.C.J.B. 1951, 252 met noot R. DEKKERS. Zie Nederlands Wetboek van Burgerlijke Regtsvordering, art. 636.
 - (2) Bijv. Arbitragereglement van het Centraal Belgisch Wolcomité, art. 10.
 - (3) Arbitrage- en Verzoeningskamer voor Granen en Zaden van Antwerpen, arbitragereglement art. 35.
 - (4) Arbitragereglement Deutscher Ausschuss für Schiedsgerichtswesen, § 28.
 - (5) Arbitragereglement Verband des Deutschen Grosshandels mit Oelen, Fetten und Oelrohstoffen (GROFOR), § 6 (zie hierover GENTINETTA, Lex Fori, 66 ; KRAFZIK, Spruchpraxis, 43).
 - (6) Arbitragereglement F.I.S. van de International Seed Trade, art. 11, lid 1.
 - (7) Bijv. Arbitragereglement van het Centrum voor Beslechting van Investeringsgeschillen, art. 42, lid 3 ; Arbitragereglement van de I.K.K., art. 13, lid 4 ; Arbitragereglement CEPINA, art. 16 ; Arbitragereglement ORGALIME, art. III, 1 g ; ECE-arbitragereglement, art. 39 ; UNCITRAL-arbitragereglement, art. 27 ; arbitragereglement der Joegoslaafse Arbitragecommissie bij de Kamer voor Buitenlandse Handel, § 39.

oordelen (1). Hoe typisch dergelijk beding voor de arbitrage is, blijkt uit de vaststelling dat de rechter nooit door partijen aange-
maand wordt om naar billijkheid te oordelen.

133. Bij de rechterlijke beslechting speelt de billijkheid weliswaar ook een rol. Deze wordt door Scholten enigszins vereenvoudigd, maar raak beschreven. Nadat de rechter het geval "alzijdig doorgrond heeft", dringt zich de beslissing "in de één of andere zin op", nl. een beslissing die de rechter bevredigt, die hem billijk lijkt. Daar de rechter evenwel in rechte moet oordelen volstaat dit intuïtief verkregen billijkheidsoordeel niet, maar moet hij dit oordeel door de aanwending van rechtsnormen legitimeren. Indien de rechter zijn billijkheidsoordeel juridisch niet kan staven, dient hij te zoeken naar een oplossing, die - qua billijkheid - wellicht iets minder bevredigend is, maar die hij juridisch kan funderen (2). Deze legitimatie "in rechte" lijkt noodzakelijk voor een rechter die rekening moet houden met een controle "in rechte" vanwege hogere rechtbanken (3).

Het gevaar, dat de rechter de arbitrale uitspraak wegens foute rechtsaanwending vernietigt of wijzigt, is gering (4). Bijgevolg noopt de rechterlijke controle van de arbitrale rechtsaanwending de arbiter niet om in een gelijke mate "in rechte" te oordelen als de controle van hogere rechtbanken de rechter hiertoe dwingt.

-
- (1) Bijv. in de olieconcessies tussen NIOC en ERAP (OPEC 1966, 132), en tussen Iraq National Oil Company en ERAP (OPEC 1968, 107) ; tussen Pan American en YPF (Argentinië), (GOLDSCHMIDT 136. RdC (1972, II), 271 ; tussen Shell en YPF (Argentinië), (GOLDSCHMIDT, 136 RdC (1972 II), 274) ; de overeenkomsten tussen Joegoslavië en S.E.E.E. (Clunet 1959, 1074) ; tussen Tunesië en de Compagnie des transports par pipelines au Sahara. (WEIL, 128 RdC (1969, III) 162).
 - (2) SCHOLTEN, P., Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Zwolle 1974, 121-122.
 - (3) Soms gaat men zelfs zo ver te beweren dat de rechter slechts "in rechte" oordeelt omwille van deze controle : KESSLER, Bindung an das materielle Recht, 35.
 - (4) Zie nrs. 52-77.

In welke mate kan de arbiter - meer dan de rechter - zijn oordeel slechts naar billijkheid, en niet "in rechte", vellen en rechtvaardigen ? Eerst wordt onderzocht hoe het arbitragerecht van Frankrijk, België, Duitsland en Engeland staat tegenover de arbitrage naar billijkheid ; inzonderheid wanneer het om transnationale handelsarbitrage gaat (§ 1). Vervolgens wordt nagegaan in welke mate de billijkheid een geschikte beslechtingsnorm voor de arbitrage is (§ 2).

§ 1. Arbitrage naar billijkheid en het arbitragerecht

A. De Franse "amiable composition"

134. De opstellers van de Franse arbitragewet maakten in 1806 een onderscheid tussen arbitrage "in rechte" en wat zij "amiable composition" noemden :

"Les arbitres et tiers arbitres décideront d'après les règles de droit, à moins que le compromis ne leur donne pouvoir de prononcer comme amiables compositeurs" (1).

Het was de bedoeling van de wetgever dat de arbiter, zoals de rechter, in beginsel zou oordelen volgens de "regelen des rechts". Door voor arbitrage te opteren hadden de partijen weliswaar andere rechters gekozen, maar nog geen andere rechtsbedeling. Slechts uitzonderlijk - en indien de partijen hen zo opdroegen - zouden de arbiters als "amiable compositeurs" kunnen optreden. Het verschil tussen de arbiter, die "in rechte" oordeelt, en de "amiable compositeur", die naar billijkheid beslist, steunde op het eeuwenoude onderscheid tussen de "arbiter" en de "arbitrator", afkomstig uit het Romeinse recht (2). Dit

(1) Code proc. civ. art. 1019.

(2) Zie hierover OERTMANN, P., Schiedsrichter und staatliches Recht, ZZP 1918, 105-149, 108-109 ; CLAVAREAU, P., Eenige hulpovereenkomsten, Leiden 1947, 145-153, 178 ; WIELANDT, P., Practijcke civile, Amsterdam 1606, maakt bijv. een onderscheid tussen de "arbiter" die "naar Rechte procedeert" en de "arbitrateur" die oordeelt naar "zijn wille, consuentie ende goede trouw" (p. 263).

billijkheidsoordeel van de "arbitrator" bestond er echter vaak in om van beide partijen toegevingen te eisen, ongeacht hun positie in rechte.

"Les arbitrateurs pouvaient couper une jambe à l'un et un bras à l'autre" (1).

De "amiable composition" was om deze reden enkel bestemd voor partijen die dermate onzeker waren over de gegrondheid van hun eis of verweer dat zij het liever met elkaar op een akkoordje gooiden dan hun geschil in rechte te laten beslechten.

"Avez-vous des prétentions fondées mais pas bien évidemment prouvées, renoncez aux règles (de droit) et prenez des amiable compositeurs dans la classe des hommes que vous jugerez à propos, n'importe lesquels, pourvu qu'ils aient beaucoup de bon sens et qu'ils soient d'une rigoureuse probité" (2).

Met deze achtergrond is het begrijpelijk dat de "amiable composition" geen grote kans maakte : welke verweerder zou er immers in toestemmen om vrijwillig het gevaar te lopen van een veroordeling door een "amiable compositeur", wanneer hij meent dat hij in rechte niet veroordeeld zal worden ? De rechtsleer, die in de jaren na het ontstaan van de Franse arbitragewet de "amiable composition" besprak, wijdde trouwens weinig aandacht aan deze rechtsfiguur (3).

De "amiable composition" is heden echter een vertrouwd begrip in het arbitragerecht geworden. In menige overeenkomst en arbitragereglement wordt bepaald dat de arbiters als "amiabes compositeurs" moeten oordelen. Dit verschijnsel bleef trouwens niet beperkt tot Frankrijk, maar breidde zich uit tot andere landen, die hun arbitragewet van de Franse kopieerden, zoals België en Nederland. Ook in internationale arbitragereglementen wordt de mogelijkheid van een "amiable composition"

(1) BOUCHER, P., Manuel des arbitres ou Traité complet de l'arbitrage, Parijs 1807, II.

(2) BOUCHER, P., o.c., 14.

(3) Zie bijv. MONGALVY, M., Traité de l'arbitrage en matière civile et commerciale, Brussel 1837.

erkend. Tenslotte schonk de rechtsleer een speciale aandacht aan deze figuur (1). Wat heden evenwel onder "amiable composition" begrepen wordt kan men niet meer vaststellen aan de hand van het Frans recht van 1806 (2). Het past om na te gaan wat de "amiable composition" nu betekent. Niet alleen de Franse rechtspraak, maar ook de Belgische, die eveneens met de figuur van de "amiable composition" geconfronteerd werd, zijn hiervoor relevant.

1. De "amiable composition" en het beroep bij de rechter

135. Het wantrouwen tegenover de arbitrage, dat de Franse wetgever koesterde, blijkt uit art. 1010 der Code de procédure civile. Krachtens dit artikel is tegen een arbitrale uitspraak steeds een beroep tot wijziging der arbitrale uitspraak ("appel-réformation") mogelijk, tenzij de partijen dit beroep contractueel hebben uitgesloten (3). Deze algemene mogelijkheid van beroep druist evenwel in tegen de geest der arbitrage, die een definitieve beslechting nastreeft. Bijgevolg gebeurt in werkelijkheid meestal wat door de wetgever als uitzondering bedoeld was : doorgaans sluiten de partijen - of het arbitragereglement waarnaar zij verwijzen - de mogelijkheid tot beroep uit.

Het beding van "amiable composition", zo aanvaarden rechtspraak en rechtsleer, wekt het vermoeden van afstand van beroep (4). Voor deze

-
- (1) MARX, R., Amiable Compositeur, Contribution to the problem of uniform commercial arbitration, Arbitration Journal 1947, 211-217 ; RIEDBERG, Der "amiable compositeur" ; SIMONT, L., International commercial arbitration.
 - (2) MEIJERS, E., Aanvulling en uitlegging van overeenkomsten door één der partijen, WPNR, nr. 2422, 261.
 - (3) Zie nr. 54. Cfr. RUBELLIN-DEVICHI, L'arbitrage, nature juridique, nr. 10.
 - (4) BERNARD, Arbitrage, nr. 649 ; ROBERT, Arbitrage, nr. 52. Zie tevens MEZGER, E., La distinction entre l'arbitre dispensé d'observer la règle de la loi et l'arbitre statuant sans appel, International Arbitration Domke, 184-196. Een afstand van beroep sluit daarentegen nog geen "amiable composition" in : cfr. bijv. arbitrale uitspraak 15 december 1928, Jur. Anv. 1929, 289 en 7 juni 1966, J.T. 1967, 9 ; contra evenwel Beroep Brussel 29 januari 1932, Pas. 1932, II, 95 ; Hof Parijs 4 februari 1966, Rev. Arb. 1966, 27.

uitdeining van het begrip "amiable composition" vindt men een aanneembare verklaring in de oorspronkelijke connotatie tussen deze figuur en de arbitrage naar billijkheid. Inderdaad, vermits de "amiable compositeur" geacht wordt naar billijkheid te oordelen, zou de arbitrage naar billijkheid niet geholpen zijn met een beroep bij een rechter, die oordeelt volgens rechtsregels, welke niet als beslechttingsnorm bedoeld waren door de partijen, die het geschil enkel naar billijkheid wilden laten beslechten (1).

"In beginsel (is) een scheidsrechterlijke uitspraak niet vatbaar voor beroep, wanneer de scheidsrechter door de partijen tevens als bemiddelaar aangesteld werd, omdat hem hierdoor het recht verleend wordt af te wijken van de strikte toepassing van de wet, waarin de rechter in beroep hem niet navolgen kan" (2).

In werkelijkheid oordeelt de "amiable compositeur" echter - zoals verder zal blijken - bijna altijd "in rechte". Hierdoor vervalt de basis voor deze opvatting grotendeels. Beslissend was evenwel de misvatting van de Franse wetgever om als algemeen principe te poneren dat elke arbitrale uitspraak voor beroep vatbaar is. Latere wetgevingen, die hun arbitragewet van de Franse kopiëerden, hebben deze fout trouwens niet overgenomen (3). De Franse rechtspraak heeft noodgedwongen de mogelijkheid van partijen om een "amiable composition" te bedingen aangegrepen om aan deze figuur tevens het weerlegbaar vermoeden van een afstand van beroep te koppelen. In wezen belet de "amiable composition"

(1) RIEDEBERG, Der "amiable compositeur", 34-35.

(2) Aldus kenmerkte de Belgische rechter de problematiek. Beroep Gent 14 juli 1956, R.W. 1956-57, 1942. Zie tevens Beroep Brussel 30 september 1964, Pas. 1965, II, 229.

(3) Nederland : Wetboek Burgerlijke Rechtsvordering, art. 646 ; geen beroep bij de rechter is mogelijk, tenzij de partijen dit uitdrukkelijk bedongen. Italië, waar de "amiable composition" wel bekend is (Cod. civ. art. 882), kent evenwel geen mogelijkheid tot rechterlijk beroep (BRASCHI M., Italië, in International Commercial Arbitration Den Haag 1956, deel I, 324-359, 343 ; SCHIZZEROTTO, G., L'arbitrato rituale, Padua 1969, 348). België kende een lange tijd de "amiable composition" en de mogelijkheid van beroep - zoals hierna zal blijken. Onlangs echter werd deze mogelijkheid tot beroep evenwel afgeschaft door de nieuwe arbitragewet.

de partijen immers niet om een recht van beroep te bedingen (1).

2. De "amiable composition" en de procedureregelen

136. Het wantrouwen tegenover de arbitrage leidde niet enkel tot een algemeen recht van beroep. De arbiters moesten ook de procedureregelen, bij een procesvoering voor de rechtbanken voorgeschreven, in acht nemen. Aldus stak de Franse wetgever de arbitrage in een proceduraal keurslijf. De partijen hadden evenwel de bevoegdheid de beslechting uit dit keurslijf te halen :

"Les parties et les arbitres suivront, dans la procédure, les délais et les formes établies pour les tribunaux, si les parties n'en sont autrement convenues" (2).

Aanvankelijk was ook de "amiable compositeur" ertoe gehouden deze procedureregelen in acht te nemen (3). Langzaam werd het echter duidelijk dat de arbitrage slechts goed kon functioneren indien zij niet aan het formalisme der rechtbanken gehouden was. Partijen bepaalden in hun overeenkomst vaak dat de arbiters niet door deze procedurale regels gebonden waren. Reeds in 1824 zag de rechtbank in een beding tot "amiable composition" een dergelijke vrijstelling (4). Hoe is men tot deze stap gekomen ? In de oude rechtspraak werd aangevoerd dat de "règles de droit", waarvan art. 1019 de vrijstelling mogelijk maakte, zowel het materiële als het formele recht betrof. Bijgevolg zou de "amiable

(1) Antwerpse Scheikamer voor het gebouw en de grondeigendom : "De scheirechters zullen beslissen in billijkheid en in laatste aanleg, tenzij de partijen uitdrukkelijk vermeld hebben ... dat zij zich het recht voorbehouden om beroep aan te tekenen" (art. 33).

(2) Code proc. civ. art. 1009.

(3) BOUCHER, P., o.c., 12-13 : "Lorsque les parties seront convenues que les arbitres prononceront comme amiable compositeurs, ils seront dispensés de suivre les règles de droit, mais non les règles de forme".

(4) Montpellier 27 augustus 1824, Dalloz Rép. "Arbitrage" nr. 98. Voor België, zie bijv. Beroep Brussel 4 mei 1883, Pas. 1883, II, 403 (a contrario) en Beroep Luik 26 december 1885, Pas. 1886, II, 95.

compositeur" niet alleen los staan van de materiële normen maar tevens van de procedurale vereisten (1). Deze opvatting ontnam aan art. 1009 evenwel alle betekenis. Trouwens komt in art. 1019 "prononcer" en "décider" voor, termen die niet het formele, maar enkel het materiële recht betreffen (2). Anderen stelden dat de afstand van de strikte procedureregelen een minder verregaande stap was dan het beding om naar billijkheid te oordelen (3). Het beding tot "amiable composition" zou a fortiori insluiten dat de arbiters tevens ontheven zijn om de procedurale regelen na te leven (4). Deze a fortiori verhouding tussen afstand van het materiële recht en afstand van het procedurerecht berust evenwel op een petitio principii en is onbewezen. Geen enkele verklaring blijkt derhalve afdoende. Men kan er enkel toe besluiten dat de rechter, bewust van de noodzaak om de arbitrage te halen uit het procedurale keurslijf, dat de wetgever haar aangesnoerd had, de gelegenheid te baat genomen heeft om in de "amiable composition" tevens een afstand van de procedurerecht te lezen. Een beding van "amiable composition" beduidt evenwel nog niet dat de arbiters geen enkele procedureregels moeten in acht nemen.

Een "amiable composition"-beding belet partijen niet uitdrukkelijk te bepalen dat de procedureregelen toch gevolgd moeten worden (5). Artikel 1009 bepaalt trouwens enkel dat de partijen zichzelf en de arbiters kunnen vrijstellen van de "délais et formes établis pour les tribunaux". Wat wordt hierdoor bedoeld? In de rechtspraak vindt men slechts fragmenten van een antwoord: De "amiable compositeur", meestal zelf een deskundige, mag bijv. zelf de vaststellingen doen waarvoor de rechter een expert zou aanduiden (6). Hij moet van zijn plaatsbezoek geen proces-verbaal opstellen (7). Hij kan getuigen horen zonder for-

(1) Orléans 11 april 1866, Sirey 1866.2.170. Zie tevens Parijs 18 juni 1948, Sirey 1949.2.17.

(2) RIEDBERG, Der "amiable compositeur", 25.

(3) Zie bijv. Luik 1 maart 1893, Pandectes Périodiques 6, nr. 1244.

(4) ROBERT, Arbitrage, nr. 49.

(5) Parijs 21 februari 1966, J.C.P. 1966.II.14828, met noot LEVEL.

(6) BERNARD, Arbitrage, nr. 310; ROBERT, Arbitrage, nr. 192.

(7) Beroep Brussel 19 oktober 1964, Pas. 1965.II.250.

maliteiten (1). Alhoewel de uitspraak gemotiveerd moet zijn, moet de "amiable compositeur" niet op alle argumenten van de partijen antwoorden (2). Een moeilijker vraag is of de partijen de "amiable compositeur" tevens kunnen vrijstellen van de procedureregelen, die niet door rechtbanken gevolgd moeten worden, maar die de arbitragewet speciaal voor de arbitrale beslechting voorschrijft (3). De klassieke rechtsleer is van oordeel dat de partijen de arbiters niet kunnen vrijstellen van het volgen van deze specifieke regelen (4). Deze opvatting dient echter verijnd te worden. De huidige rechtspraak lijkt eerder belang te hechten aan het doel der procedurale bepaling: wordt de arbitrage door de procedureregels niet voortgeholpen, kan de "amiable compositeur" van deze regel bevrijd worden; helpt de procedureregels daarentegen wel de beslechting, dan is de "amiable compositeur" weliswaar niet aan de letter, maar in elk geval aan de geest van de procedureregels gebonden (5). Nooit kan de "amiable compositeur" evenwel ontslagen worden van de fundamentele beginselen die voor elke rechtspraak gelden. Zo mag hij de rechten van de verdediging niet schenden (6). Deze rechten zijn zo wezenlijk dat de partijen bijv. geen afstand

-
- (1) BERNARD, Arbitrage, nr. 310.
 - (2) Zie Frans Cass. 22 november 1972, Rev. Arb. 1973, 155 met noot LOQUIN; Beroep Parijs 6 februari 1969, Dall. 1969, J., 319; Beroep Parijs 11 februari 1971, Rev. Arb. 1973, 29 met noot LOQUIN.
 - (3) Bijv. art. 1011 (onderzoeksmatregelen en proces-verbaal); art. 1013 (schorsing wegens overlijden van één der partijen); art. 1015 (procedure inzake valsheid); art. 1016 (termijn inzake voorlegging der stukken en verplichting voor arbiters om hun uitspraak te tekenen).
 - (4) BERNARD, Arbitrage, nr. 388 en 397; ROBERT, Arbitrage, nr. 156.
 - (5) Art. 1016, lid 1 bepaalt bijv. dat de partijen hun besluiten en stukken twee weken voor de uiterste datum, waarop de uitspraak geveld kan worden, moeten indienen. Op grond van dit artikel had een "amiable compositeur" geweigerd om kennis te nemen van de te laat toegezonden stukken van één der partijen. Het Hof van Parijs oordeelde echter dat de rechten van de verdediging hoger geschat moeten worden dan deze procedurale tijdslimiet en dat de arbiter verkeerd besliste. Volgens het Hof kan een "amiable compositeur" slechts een stuk weigeren, wanneer hij anders redelijkerwijze geen tijd meer heeft om zijn uitspraak op te stellen. Parijs 21 februari 1966, J.C.P. 1966.II.14828 met noot LEVEL en Rev. Trim. Dr. Com. 1967, 139 met noot BOITARD; Beroep Parijs 11 maart 1969, J.C.P. 1969.I.16147bis; BERNARD, Arbitrage, nr. 397. Contra Beroep Parijs 11 februari 1971, Rev. Arb. 1973, 35 met noot LOQUIN.
 - (6) BERNARD, Arbitrage, nr. 311, 386-387; ROBERT, Arbitrage, nr. 49, 160.

zouden kunnen doen van hun recht om door de arbiters gehoord te worden (1). Zij moeten in elk geval de mogelijkheid hebben om hun argumenten naar voren te brengen (2). De "amiable compositeur" mag bovendien geen kennis nemen van een document van één der partijen dat niet medegedeeld is aan de andere partij (3). Hij mag geen der partijen in afwezigheid (en zonder de mogelijkheid van tegenspraak) van de andere partij aanhoren (4).

De "amiable composition" werd, wegens haar vrijstelling van het rechterlijk beroep en van de rechterlijke procedureregelen, een geschikter alternatief voor de geschillenbeslechting dan de arbitrage, welke de Franse wetgever uitgestippeld had. Hieraan dankt de "amiable composition" haar succes.

3. "Amiable composition" en het oordeel naar billijkheid

137. De "amiable compositeur" wordt geacht naar billijkheid te oordelen. Naarmate de "amiable composition" evenwel de connotatie van arbitrage zonder beroep en procedure-formaliteiten verkreeg, taande dit vermoeden van arbitrage naar billijkheid.

In 1806 ontstond de arbitrage enkel uit een compromis, gesloten nadat het geschil gerezen was. Op dat ogenblik konden de partijen oordelen of zij het geschil in rechte of naar billijkheid beslecht wilden zien. Decennia later bepaalden partijen reeds in het compromissoir beding, gesloten vooraleer het geschil ontstaan was, of de eventuele arbitrage een "amiable composition" zou zijn. Aldus wilden zij de mogelijkheid van beroep en de formaliteiten beperken. Bij het sluiten van het compromissoir beding konden partijen echter nog niet kiezen tussen een arbitrage naar billijkheid of in rechte, tussen dading of rechtspraak; een dergelijke keuze is slechts zinvol nadat het te arbitrerende geschil gerezen is. Bijgevolg schoof het verband tussen oordeel naar billijkheid en "amiable composition" naar de achtergrond.

(1) Rechtbank Hoei 24 augustus 1912, Pas. 1912, III, 315.

(2) Beroep Brussel 19 oktober 1964, Pas. 1965, II, 250.

(3) Beroep Parijs 3 december 1965, J.C.P. 1966.I.14625.

(4) Beroep Parijs 3 december 1965, J.C.P. 1966.I.14625; Beroep Parijs 4 december 1956, Rev. Arb. 1957, 23.

De "amiable compositeur" is niet verplicht de rechtsregels terzijde te stellen en naar zuivere billijkheid te oordelen. Slechts indien hij dit noodzakelijk acht, kan hij de rechtsregels, die hem onbillijk lijken, buiten beschouwing laten.

Zo zou hij verjarings- en vervaltermijnen, bewijs- en vormvereisten buiten beschouwing kunnen laten (1). Ook zou hij, in gevallen waar de wet dit niet voorziet, vergoeding wegens benadeling kunnen toekennen (2). Zelfs zou hij solidaire veroordelingen kunnen uitspreken, ook al had geen der partijen hem hierom verzocht (3). Een belangrijk attribuut lijkt tevens zijn bevoegdheid om "ex aequo et bono" schadevergoeding toe te kennen in gevallen waar het exacte schadecijfer niet bewezen is (4); of om bij de schadebegroting met speciale omstandigheden rekening te houden (5).

Van deze mogelijkheid mag de "amiable compositeur" evenwel enkel gebruik maken indien de strikte toepassing van de rechtsnorm tot werkelijk onbillijke resultaten zou leiden (6). Een norm van dwingend recht mag hij trouwens nooit terzijde stellen (7).

Kortom, de "amiable compositeur" oordeelt niet enkel naar billijkheid. Ook hij vindt in de eerste plaats elders normen welke hij bij de be-

-
- (1) BERNARD, Arbitrage, nr. 309; ROBERT, Arbitrage, nr. 161.
 - (2) Zie bijv. Arbitrale beslissing 20 december 1910, Jur. Liège 1911, 305.
 - (3) Zie bijv. Trib. Seine 17 mei 1955, Rev. Arb. 1955, 61.
 - (4) Beroep Gent 8 juni 1951, R.C.J.B. 1951, 252 met noot DEKKERS; Beroep Brussel 21 juni 1967, Pas. 1968, II, 44; arbitrale uitspraken 8 en 30 maart 1968, Rev. Arb. 1968, 69; Frans Cass. 22 november 1972, Rev. Arb. 1973, 155 met noot LOQUIN.
 - (5) Zie bijv. I.K.K. nr. 2216.
 - (6) DAVID, L'arbitrage en droit comparé, 22-23 :
 "D'une manière générale il semble que dans le cas de l'amiable composition, on ne s'attend pas à voir les arbitres négliger délibérément le droit. On leur donne seulement un certain jeu dans l'application des règles de droit, dont ils peuvent tempérer la rigueur en prenant en considération l'équité".
 - (7) Bevestigd door I.K.K. nr. 2139, 2142, 2216 mbt. het Algerijnse recht dat op het Franse gekopieerd is.

slechting wil aanwenden. Ook voor hem blijft de hoofdvraag het vinden van de normalerwijze aan te wenden beslechtingsnorm - en niet de bevoegdheid om deze norm occasioneel terzijde te schuiven. Er lijkt trouwens geen betekenisvol onderscheid te bestaan tussen de uitspraak van een arbiter die "in rechte" oordeelt en één die als "amiable compositeur" zetelt (1).

B. De Belgische arbitrage naar billijkheid

138. In de Belgische rechtspraktijk is de "amiable composition", uit Frankrijk overgewaaid, een vertrouwd begrip. De Belgische arbitragewet kent evenwel geen mogelijkheid van beroep meer. Bovendien legt zij slechts elementaire procedure-eisen op. De "amiable composition" verliest bijgevolg haar betekenis als bevrijding van de beroepsmogelijkheid en van de procedurale formaliteiten. Tenslotte - wat hier belangrijk is - beperkt de arbitragewet de mogelijkheid van de arbiters om naar billijkheid te oordelen : enkel nadat het geschil tussen de partijen gerezen is kunnen de partijen overeenkomen dat de arbiter niet in rechte moet oordelen (2). Immers "op dat ogenblik zijn partijen pas in staat de voor- en nadelen af te wegen die aan de toekenning van zodanige bevoegdheden zijn verbonden (zodat zij) dus met kennis van zaken kunnen beslissen" (3). Nadat het geschil gerezen is verwacht één der partijen meestal juist alle heil van de "regelen des rechts. Derhalve is het moeilijk denkbaar dat zij goedschiks haar juridische stelling zal willen verlaten om zich op het onzeker strijd-

(1) EISEMANN, 15 I.C.L.Q. (1966), 734.

(2) Ger. Wetb. art. 1700. Art. 21 van de eenvormige wet, het model voor de Belgische arbitragewet, bepaalde slechts dat de arbiters volgens de "regelen des rechts" dienden te beslissen, tenzij de partijen anders overeenkwamen. België maakte evenwel gebruik van het voorbehoud (g) om deze mogelijkheid van de partijen te beperken.

(3) Parl. Besch. Kamer (1970-1971) nr. 988-1, 23. Talrijke auteurs menen echter dat de wetgever de partijen te krachtig beschermde tegen de arbitrage naar billijkheid : HORSMANS, G. en DERMINE, L., La nouvelle loi belge sur l'arbitrage, Rev. Arb. 1973, 234 ; SIMONT, L., International commercial arbitration, 134.

veld der billijkheid te begeven (1). Bijgevolg lijkt het onwaarschijnlijk dat de arbitrage naar billijkheid in België onder de huidige arbitragewet een grote rol zal spelen.

Wanneer de partijen de arbiter geldig opgedragen hebben naar billijkheid te oordelen, wil dit nog niet zeggen dat de arbiter verplicht is om de rechtsnormen te negeren. In elk geval moet hij de normen van openbare orde navolgen (2).

C. De Duitse arbitrage naar billijkheid

139. Ook in het Duitse recht is het omstreden of de arbiter moet oordelen naar billijkheid of "in rechte". Waar de Franse en Belgische arbitragewet de mogelijkheid van een arbitrage naar billijkheid erkennen, bevat de Duitse arbitragewet hierover geen aanduidingen. § 336 van het Strafgesetzbuch legt weliswaar straffen op aan de arbiter die zich "vorsätzlich zugunsten oder zum Nachteil einer Partei einer Beugung des Rechts schuldig macht" ; hieruit kan men echter niet afleiden of de arbiter steeds "in rechte" oordelen moet. Vermits de Duitse arbitragewet niets zegt over de arbitrage naar billijkheid belet de wet de rechtsleer niet om onbevangen het probleem der arbitrage naar

-
- (1) Over de vraag of een beding tot "amiable composition", gesloten vooraleer het geschil tot stand kwam en vooraleer de nieuwe arbitragewet van kracht werd, in een beding van arbitrage "in rechte" geconverteerd kan worden, zie VAN HOUTTE, H., De "amiable composition" en de nieuwe arbitrage-wet, R.W. 1972-1973, 737-740, De verfijning, van SIMONT, L., (International commercial arbitration, 135) en van VAN GELDER, J. en LINSMEAU, J. (R.C.J.B. 1975, 416), lijkt mij niet conform met de werkelijkheid : aangezien de "amiable composition" de partijen geen recht geeft op een arbitrage naar billijkheid, kunnen zij niet beweren dat de arbitrage "in rechte" dermate verschilt van de "amiable composition", die zij opteerden, dat zij, indien de "amiable composition" niet mogelijk blijkt, een rechterlijke beslechting boven een arbitrage verkiezen.
- (2) Cass. 2 februari 1973 (R.W., 1972-1973, 1475, 1479) erkende dat de arbiters naar billijkheid "niet gemachtigd zijn om de regelen van de openbare orde te miskennen en geen verplichting hebben om van de regelen van het recht af te wijken".

billijkheid te benaderen. Het Duitse recht kent anderzijds geen mogelijkheid van beroep tegen de arbitrale uitspraak ; de arbitrale procedure wordt er soepel door de partijen of arbiters bepaald (1). Derhalve wordt de problematiek der arbitrage naar billijkheid in Duitsland zuiverder gesteld dan zij door de "amiable composition" in Frankrijk gesteld wordt. Om deze redenen is het Duitse standpunt inzake de arbitrage naar billijkheid uiterst relevant.

Tot rond de eeuwwende was het omstreden of de arbiter in rechte of naar billijkheid moest beslissen. In 1918 schreef Oertmann een krachtig pleidooi voor de arbitrage in rechte, waarin hij zich keerde tegen de "Freirechtlerei" en het "geëxalteerde modernisme" van hen, die beweerden dat de arbiter slechts naar billijkheid diende te oordelen (2). Het voornaamste argument vond Oertmann in Z.P.O. § 1040 : "Der Schiedsspruch hat unter den Parteien die Wirkungen eines rechtskräftigen gerichtlichen Urteils". Bijgevolg moest de arbitrale uitspraak volgens Oertmann met een rechterlijk vonnis gelijk gesteld worden (3). Een rechter zegt wat recht is ; een oordeel naar billijkheid daarentegen zegt niet wat recht is, maar schept rechten. Derhalve mag de arbiter niet naar billijkheid oordelen (4). Oertmans overtuigt evenwel niet

(1) Z.P.O. 1034 ; BAUMBACH-SCHWAB, Schiedsgerichtsbarkeit, 123-125 ; 131-142.

(2) OERTMANN, P., Schiedsrichter und staatliches Recht, ZJP 1918, 105-149, 108-110 : "Freirechtlerei und verstiegener Modernismus mögen in ihrer Abneigung gegen alle überindividuellen Ordnungen an einem solchen souveränen Schiedsrichtertum ihre Freude haben, aber uns, Andersdenkenden, soll niemand einzureden suchen, dass der unparteiischen Rechtsplege, der Wahrung des "sozialen Ideals", damit gedient sei ... Wenn das die von den unentwegten Vererrern der Schiedsgerichte gepriesene Billigkeit ist, so will ich lieber von einem strengen aber unparteiischen Recht und Gericht beurteilt werden".

(3) Zie OERTMANN, P., art. cit., 123-124. Tevens RIEDBERG, Der "amiable compositeur", 52.

(4) OERTMANN, P., art. cit., 118-123, RIEDBERG, Der "amiable compositeur", 56, 78.

alle auteurs (1).

De Duitse rechter aanvaardde trouwens, Oertmann ten spijt, dat arbitrage naar billijkheid mogelijk was (2). Ook de arbiters namen aan dat zij naar billijkheid konden oordelen (3).

De heersende opvatting van de huidige rechtsleer is genuanceerd. In beginsel moet de arbiter in rechte oordelen. De partijen kunnen de arbiter evenwel vrijstellen van het aanwenden van zekere rechtsnormen (4). In geen geval kunnen de partijen de arbiters toelaten om rechtsnormen, die de openbare orde of goede zeden betreffen, terzijde te stellen (5). Voor Altenmüller en Kessler kunnen de partijen de arbiters

- (1) Voor de arbitrage naar billijkheid : BERGES A., Recht und Billigkeit im Schiedsspruch, KTS 1959, 88-95 ; COHN, E.J., Commercial arbitration and the rules of law, IV University of Toronto Law Journal (1941), 3 ; SCHMIDT, R., Richter und Rechtsanwalt als Mitglied des Schiedsgerichts, J.W. 1926, 2147-2151 ; SCHWAB, K.H., The Legal Foundations and Limitations of arbitration procedures in the US and Germany, International Arbitration Domke, 302 ; Zie SCHOTTELIUS, J., Die Kaufmännische Schiedsgerichtsbarkeit, Bremen 1953, 145-147 ; en Zur Frage der Rechtsanwendung im internationalen Rechtsverkehr in Der Schutz des privaten Eigentums im Ausland, Heidelberg 1958, 149-158, 157 noot 22 ; SIEGERT, K., Die Bedeutung der allgemeinen Rechtsgrundsätze des Zivilprozessrechts für die Schiedsgerichtliche Praxis, KTS 1956, 33-40, 33.
Tegen de arbitrage naar billijkheid : LANDOLT, Rechtsanwendung oder Billigkeitsentscheid, 62-63 ; Verhandlungen des 34 Deutschen Juristentages, 516-610, vooral besluit 610 ; KESSLER, Bindung an das materielle Recht, 32-35 ; RIEDEBERG, Der "amiable compositeur", 74.
- (2) Bijv. RG 19 november 1929, Int. Jhrb. Schw. III, 326 ; BGH 23 april 1959, BGHZ 30, 89, NJW 1959, 1438 ; KTS 1959, 88 ; OLG Hamburg 7 maart 1956, MDR 1956, 494.
- (3) Bijv. KRAFZIK, Spruchpraxis, 43 en 46. In I.K.K. nr. 1569 werd trouwens gesteld dat de Duitse arbitrage in beginsel naar billijkheid oordeelde.
- (4) Zoals bijv. BGB § 326 waardoor de schuldenaar eerst een termijn moet toegekend krijgen om zijn prestatie te vervullen alvorens schadevergoeding wegens niet-prestatie verschuldigd is.
- (5) Zie Z.P.O. § 1041, lid 1, nr. 2.

zelfs niet ontlasten van het aanwenden van het gewone dwingend recht (1).

De bedoeling van partijen om naar billijkheid beoordeeld te worden, kan uiteraard blijken uit de overeenkomst tot arbitrage. Desnoods kan zij afgeleid worden uit omstandigheden, zoals de identiteit der partijen, de aard en samenstelling der arbitrage enz. (2).

D. De Engelse arbitrage "in rechte"

140. Zoals in Duitsland bestaan in het Engelse recht niet de redenen welke in het Franse recht geleid hebben tot de bloei van de "amiable composition". Naar Engels recht hebben de partijen en arbiters een uitgebreide bevoegdheid om de te volgen procedure te bepalen (3). Bovendien staat geen rechterlijk beroep tegen de arbitrale uitspraak open. De Engelse arbitragewet spreekt zich trouwens niet uit over het bestaan van een arbitrage in rechte of naar billijkheid. De rechtsleer heeft, anders dan in Frankrijk en Duitsland, aan deze problematiek geen aandacht besteed. Vermits Engelse arbitrale uitspraken meestal ongemotiveerd zijn, en derhalve niet weergeven of arbiters in rechte of naar billijkheid oordeelden, bieden de arbitrale uitspraken weinig steun. Wij kunnen slechts te rade gaan bij de rechtspraak.

De rechters legden de arbiters de algemene plicht op om in rechte, en niet naar billijkheid, te beslechten (4).

-
- (1) ALTENMULLER, Die Schiedsrichterliche Entscheidung kartellrechtlicher Streitigkeiten, 195-196 ; KESSLER, Bindung an das materielle Recht, 44-48. Contra : SCHLOSSER, Schiedsgerichtsbarkeit, nr. 623.
 - (2) BAUMBACH-SCHWAB, Schiedsgerichtsbarkeit, 181 ; KRAFZIK, Spruchpraxis, 42 en de aldaar in noot 10 geciteerde rechtsleer ; SCHLOSSER, Schiedsgerichtsbarkeit, nr. 622.
 - (3) Er wordt enkel geëist dat deze procedure met de beginselen van "natural justice" strookt (RIEDBERG, Der "amiable compositeur", 40). Tevens mag de procedure niet bedrieglijk bepaald worden (RUSSELL, Arbitration, 127).
 - (4) Zie RUSSELL, Arbitration, 186.

De King's Bench bevestigde dit in Jager v. Tolme (1). De eiser, een Engelse koper, bestelde in juli 1914 duizend zakken suiker bij een Clearing House, dat vraag en aanbod bij elkaar bracht. Toen op 4 augustus de oorlog uitbrak, werd alle handel met Duitsland verboden. Op 12 augustus gaf het Clearing House de Engelse koper evenwel de naam van een Duitse verkoper door. De Engelse koper weigerde de koop met de vijand te honoreren. De Duitse verkoper eiste hierop van de Engelse koper de vergoeding voor de opslagkosten van de suiker in de Hamburgse haven. De overeenkomst was gesloten volgens het Reglement van de Sugar Association. Met het oog op het oorlogsgevaar had deze Association gesteld dat partijen, wier overeenkomst door oorlogsomstandigheden niet uitgevoerd zou kunnen worden, de Raad van de Sugar Association om een billijke regeling mochten verzoeken. Deze Raad beval de Engelse koper de schadevergoeding te betalen. Uiteindelijk besliste de King's Bench dat de Raad niet mocht beslissen wat vanuit een zakenstandpunt billijk en redelijk leek, maar dat hij de wet, die een overeenkomst met de vijand niet-bindend verklaarde (zodat ook geen schadevergoeding verschuldigd kon zijn wegens weigering van uitvoering), moest toepassen. Door naar billijkheid, en niet "in rechte", te oordelen sprak de Raad geen recht, maar schiep recht. "Rather legislators than arbitrators" waren de leden van de Raad eerder opgetreden als een "sugar parliament to enact what should be done under the circumstances". Partijen waren daarentegen "prima facie entitled to their legal rights". Hieruit mag men afleiden dat arbiters in de regel enkel in rechte en niet naar billijkheid moeten oordelen.

De verplichting voor de arbiter om in rechte te oordelen wordt een impliciet beding van de arbitrage-overeenkomst geacht ; de partijen, die een geschil aan arbiters voorleggen, willen dezelfde rechtsgevolgen erkend zien als deze die een rechter zou erkennen (2). Indien de partijen echter uitdrukkelijk opteren voor een arbitrage naar billijkheid, zou deze toegelaten zijn (3).

"I do not say that such provision (om naar billijkheid te oordelen) might not be wise from a business point of view, considering the very difficult legal questions raised by an outbreak of war, but I think that it ought to be expressed in the clearest possible terms if it is to have such effect ... The council are to give a decision - they are to decide - and in the absence of wider powers expressly given, that means to decide according to the legal rights of the parties. If those rights are to be taken away ... it cannot be done

(1) (1916) I K.B. 939, 957.

(2) Chandris v. Isbrandtsen-Moller Co. Inc., (1951) I K.B. 240.

(3) LANDOLT, Rechtsanwendung oder Billigkeitsentscheid, 73 ; RUSSELL, Arbitration, 186.

by ambiguous language" (1).

Geen enkel Engels vonnis is mij evenwel bekend waarin een arbitrage naar billijkheid erkend wordt. Anderzijds stelde talrijke uitspraken dat de partijen de arbiters er niet van kunnen ontslaan om in rechte te beslechten (2). Rechter Megaw poneerde dit immers ondubbelzinnig inzake de arbitrage tussen Orion Cia. Espanola de Seguros en Belfort Maatschappij, waar partijen erover akkoord waren dat de arbiters naar billijkheid moesten oordelen :

"The essence of the matter, as I see it, is that so long as the courts of this country have a statutory supervisory jurisdiction over arbitrators in England, it must remain a firm principle of the law governing arbitration that that which is in English law a question of law, shall remain in all respects and for all purposes a question of law by any agreement of the parties in their agreement to arbitrate or otherwise" (3).

Ook de rechtsleer stelt doorgaans dat een arbitrage naar billijkheid onmogelijk is (4).

E. Arbitrage naar billijkheid en transnationale handelsarbitrage

141. De arbitrage naar billijkheid lijkt een beloftevolle mogelijkheid

- (1) Jager v. Tolme, (1916) I K.B. 939, 953, 957.
- (2) Rose and Frank & Co. v. Crompton Bros., (1925) A.C. 445 ; Appleson v. Littlewood Ltd., (1939) I All.E.R. 464 ; David Taylor & Sons v. Barnett Trading Co., (1953) W.L.R. 562 ; Orion Cia. Espanola de Seguros v. Belfort Maats., (1962) 2 Lloyd's Rep. 257 ; Maritime Insurance Co. v. Assekuranz Union von 1869, (1935) Lloyd's Rep. 16.
Als men de arbiter de bevoegdheid laat "to decide according to law or not according to law, as he thinks fit", laat men hem niets anders doen dan "to be outside the law" (In re Czarnikow v. Roth, Smith & Co., (1922) 2 K.B. 478, 484).
- (3) Orion Cia. Espanola de Seguros v. Belfort Maats., 264.
- (4) RIEDBERG, Der "amiable compositeur", 40-47; MANN, International Arbitration Domke, 173 ; anders evenwel LANDOLT, Rechtsanwendung oder Billigkeitsentscheid, 73. Voor Lord TANGLEY, International Arbitration Today, (15 I.C.L.Q. (1966) 719-725, 721-722) betalen de auteurs slechts lippendienst aan het principe dat elke arbitrage in rechte moet zijn ; in feite is het immers uit een ongemotiveerde arbitrale uitspraak niet te achterhalen of de arbiter in rechte of naar billijkheid oordeelde.

voor de transnationale handelsarbitrage. Een transnationale arbitrage veronderstelt immers dat de partijen tot verschillende rechtsorden behoren, dat de litigieuze transactie meerdere rechtssystemen raakt of dat buitenlands recht toegepast dient te worden (1). Een rechter, die dergelijk geval moet beslechten, gaat eerst te rade bij zijn internationaal privaatrecht om een toepasselijk rechtssysteem te vinden. Omdat de rechter soms een door de partijen onverwacht en ongekend rechtssysteem kiest, mist de rechterlijke beslechting van transnationale geschillen de nodige rechtszekerheid en voorzienbaarheid. Bij de transnationale handelsarbitrage willen de arbiters de partijen de verrassingen van de keuze van een onverwacht of onbekend recht besparen. Dit zouden zij kunnen door in plaats van krachtens de eigenaardigheden van één der nationale rechtssystemen te beslechten, volgens de universele billijkheid te oordelen - wat meer in de geest van de transnationale handel ligt. Door de beslechting naar billijkheid zou de arbitrage de ankers kunnen lichten, waardoor zij aan de nationale rechtsorde gemeerd ligt, en een werkelijke transnationale - want op universele normen gebaseerde - beslechting kunnen leveren (2). De billijkheid lijkt derhalve de aangewezen beslechtingsnorm voor de transnationale handelsarbitrage.

Het is echter niet omdat de arbiters volgens billijkheid oordelen, dat de rechter alle rechtsmacht verliest om de arbitrale beslechting te begeleiden en te controleren. De Franse en Belgische arbitragewet stellen trouwens uitdrukkelijk dat zij van toepassing zijn op arbitrage naar billijkheid ; ook het Duitse arbitragerecht erkent dat de

(1) Zie nrs. 98-103.

(2) Zie FOUCHARD, Arbitrage, nr. 582 ; FRAGISTAS, R.C.D.I.P. 1960, 17-18 ; GOLDMAN, Arbitrage (Droit international privé), nr. 229. KAISER, Das europäische Übereinkommen, 151 ; KOPELMANAS, A.F.D.I. 1961, 340.

Het ontwerp van het Europees Verdrag inzake de internationale handelsarbitrage bepaalde trouwens dat de arbiters enkel volgens "considérations de bon sens et d'équité" moesten oordelen (Doc. Trade / WP/I/18, 10 april 1957, 67). GOLDMAN (Rev. Arb. 1965, 112) stelt m.i. terecht dat de arbitrage niet door beslechtingsnormen, maar door een arbitragewet aan een nationaal recht gebonden wordt.

arbitragewet van toepassing is op arbitrage naar billijkheid. Overigens tonen de Belgische, Engelse en Franse rechtspraak aan dat het niet is omdat de arbiters de opdracht kregen naar billijkheid te oordelen dat de rechter hiermee akkoord gaat. De arbitrale beslechting wordt niet losgekoppeld van de nationale rechtsorden omdat de arbiters naar billijkheid beslissen. De arbitrage naar billijkheid is slechts mogelijk indien de relevante arbitragewet zich hiertegen niet verzet (1).

142. Welke arbitragewet zal bepalen of een arbitrage naar billijkheid mogelijk is ?

Het recht, dat de beslechttingsnormen voor het geschil levert, bepaalt niet of arbitrage naar billijkheid toegelaten is (2). Het oordelen naar billijkheid houdt immers verband met het recht dat de arbitrage-procedure regelt ; niet met het recht waaruit de arbiter zijn beslechttingsnormen put. Wanneer men rekening houdt met de contractuele opbouw van de arbitrage bepaalt het recht, dat de overeenkomst tot arbitrage beheerst, of de partijen een arbitrage naar billijkheid konden overeenkomen (3). Men kan eveneens voorhouden dat de arbitragewet, die op de beslechting van toepassing is, tevens bepaalt of arbitrage naar billijkheid mogelijk is (4). In deze laatste zin gaat trouwens art. VII van het Europees Verdrag inzake de internationale handelsarbitrage : partijen kunnen van de basisregel, nl. de arbitrage in rechte, afwijken en voor een arbitrage naar billijkheid opteren ; deze

(1) Zie GENTINETTA, Lex Fori, 271 ; KAISER, Das europäische Ubereinkommen, 153-154 ; SCHLOSSER, Schiedsgerichtsbarkeit, nr. 621.

(2) Zie evenwel in deze zin, ROBERT, Dall. 1961, Chr., 181.

(3) Zo GOLDMAN, Arbitrage (Droit international privé), nr. 174.

(4) FOUCHARD, Arbitrage, nr. 490 ; VON HOFFMANN, Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, 112. Zie tevens de resolutie van het I.D.I., art. 11, lid 3, Ann. I.D.I., 1957, II, 496. Voor EISEMAN (D.P.C.I. 1975, 362) beperkt de arbitragewet niet meer de mogelijkheid van een arbitrage naar billijkheid onder het nieuwe arbitragereglement van de I.K.K.. M.i. is het evenwel niet omdat een arbitragereglement partijen onbeperkt toelaat om een arbitrage naar billijkheid te kiezen, dat dit ook in rechte toegelaten is.

optie bindt evenwel enkel wanneer de arbitragewet, die op de arbitrage van toepassing is, haar erkent. Het ECE-arbitragereglement (art. 39) en het UNCITRAL-reglement (art. 27) bevatten een analoge regel.

M.i. moet een dubbele voorwaarde vervuld zijn opdat de arbiters naar billijkheid zouden mogen oordelen. In de eerste plaats moeten de partijen, krachtens het recht, van toepassing op de overeenkomst tot arbitrage of de arbitrage-overeenkomst, zich kunnen onderwerpen aan een arbitrage naar billijkheid. Vervolgens moet de arbitragewet, die de arbitrale procedure regelt, de arbiter toelaten naar billijkheid te beslechten. Schlosser's opvatting, dat arbitrage naar billijkheid slechts mogelijk is, wanneer dit toegelaten is door elke rechtsorde, waarmee "het geschil een band heeft" (1), lijkt te ruim. Weliswaar vermijdt Schlosser op deze wijze dat de uitspraak in één der betrokken landen zonder gevolg zou blijven omdat de arbiters in de ogen van de rechter aldaar ten onrechte naar billijkheid oordeelden. Anderzijds negeert Schlosser op deze wijze de bedoeling der partijen, om naar billijkheid beoordeeld te worden, alhoewel deze bedoeling erkend wordt door de arbitragewet en door het recht, dat de overeenkomst tot arbitrage beheerst.

Bij de "zwevende" arbitrage (2) - die meestal een volkenrechtelijke arbitrage zal zijn (3) - beperkt geen nationale arbitragewet de bevoegdheid der arbiters om naar billijkheid te oordelen, wanneer partijen hen dit opdroegen. Mbt. de arbitrage door het Centrum voor Beslechting van Investeringsgeschillen (4) en door het Permanent Hof van Arbitrage (5) is het trouwens voorzien dat partijen voor een arbitrage naar billijkheid kunnen opteren.

(1) SCHLOSSER, Schiedsgerichtsbarkeit, nr. 621.

(2) Zie nr. 89.

(3) Zie nrs. 125-131.

(4) Zie nr. 130. Wereldbank-Conventie, art. 42, lid 3.

(5) Zie nr. 130. Arbitragereglement, art. 30.

§ 2. De billijkheid als arbitrale norm

143. Een definitie van wat billijkheid is behoort tot het domein der algemene rechtsleer en rechtsfilosofie. Deze paragraaf wil enkel enige aandacht besteden aan de vraag in welke mate de billijkheid een specifieke rol speelt bij de arbitrale beslechting.

144. Arbitrage naar billijkheid blijft rechtspraak. De arbiters moeten zich uitspreken over de rechten en plichten van de partijen (1). De billijkheid mag deze rechten en plichten niet negeren. In naam van de billijkheid mag de arbiter in zijn uitspraak niet beslissen, wat op morele gronden of wegens praktische en commerciële overwegingen de inhoud van een geschikte minnelijke regeling zou zijn (2). Ook al worden de arbiters naar billijkheid wel eens "goede mannen" genoemd, het mogen geen goedgehartige of goedige mannen zijn (3). Het is nooit de taak van een arbiter om een partij gelijk te geven omdat deze het meeste nood heeft aan een uitspraak in haar voordeel (4). Evenmin mag een arbiter menen dat de billijkste oplossing voor elk geschil erin bestaat de appel in tweeën te snijden (5). Bovendien lijkt het

(1) Zie nr. 9.

(2) Zie LALIVE, 120 RdC (1967, I), 578 ; NESTOR, Arbitrage commercial Minoli, 351 ; NESTOR, Arbitrage commercial international, 126. I.K.K., nr. 2464 : De eiser had de arbiter om een billijke beslissing verzocht. De arbiter maakte echter een duidelijk onderscheid tussen de billijkheid, zoals deze bij de bemiddeling speelt, en de arbitrage. "Perhaps on moral grounds or on the basis of sound business judgment and for the sake of future relations, the defendant should come to an amicable settlement with the plaintiff... On several occasions I invited the parties to do so and stated that their agreement would be recorded in the form of an arbitral award made by counsel of the parties. However, this did not take place. My duty as arbitrator is to decide the controversy on the basis of legal principles in the light of evidence presented by the parties. In this case I am not acting as a conciliator but as an arbitrator".

(3) NOLEN, Handleiding, 145.

(4) Cfr. GENTINETTA, Lex Fori, 203.

(5) NOLEN, Handleiding, 161 ; zie evenwel BOUCHER, P., Manuel des arbitres, Parijs 1807, II.

niet de opdracht van de arbiter om een veroordeling te milderen om aldus de kansen op een vrijwillige tenuitvoerlegging te vergroten ; de winnende partij zelf kan met het oog op een vrijwillige uitvoering haar eis matigen. Opportuniteitsoverwegingen zijn geen billijkheidsoverwegingen.

De handelswereld heeft nood aan de rechtszekerheid van voorspelbare beslechtingen. Door de billijkheid mag de arbitrale rechtspraak niet onvoorspelbaar worden. De handelsarbitrage mag niet op willekeur steunen en partijen verrassingen voorschotelen (1). De contractuele vrijheid der partijen reikt trouwens niet zover dat dezen zich kunnen onderwerpen aan een arbitrage die, onder dekmantel van de billijkheid, tot onvoorzienbare resultaten zou leiden (2).

145. Soms dragen partijen de arbiter op om feiten te appreciëren naar billijkheid.

Indien de levering bijv. door overmacht onmogelijk werd, dient de arbiter soms "nach freiem Ermessen" de oplossing te bepalen die het billijkst voor beide partijen is (3).

Billijkheid is voor de arbiter ook de enige norm om langdurige overeenkomsten, zoals inzake investeringen, concessies en leveringen, aan de gewijzigde omstandigheden aan te passen, indien de overeenkomst hierin voorziet (4).

(1) DELEUZE, Ann. Liège 1964, 98. KAISER, Das europäische Ubereinkommen, 152 en 155 ; LANDOLT, Rechtsanwendung oder Billigkeitsentscheid, 22 ; MANN, International Arbitration Domke, 176 ; REISMAN, Arbitration Journal 1969, 77.

(2) Cfr. BGH 27 januari 1971, NJW 1971, 653 inzake een derde, die voor partijen moest bepalen voor hoelang en tegen welke huurprijs een bioskoopzaal opnieuw verhuurd moest worden. Het Bundesgerichtshof oordeelde dat de uiteindelijke inhoud van deze nieuwe overeenkomst geenszins voor de partijen voorzienbaar was daar de derde geen norm of richtlijn had waarop hij zijn oordeel moest baseren.

(3) Bijv. Bremer Baumwollbörse, § 35, II ; Saatusancen Hamburgse Zaadhandel, § 23, geciteerd door KRAFZIK, Spruchpraxis, 44-45.

(4) Zie nr. 11-12 over de vraag of de derde een arbiter is.

In 1960 sloot ERAP met C.F.R. een overeenkomst tot levering van olie aan deze laatste. Naast een compromissoir beding kwam in de overeenkomst een aanpassingsbeding voor, dat een belangrijke rol aan de billijkheid toebedeelde :

"Si la situation du marché du pétrole venait à se modifier de façon telle que le mécanisme des prix du contrat cessât de donner des résultats équitables pour l'une ou l'autre des parties, celles-ci se concerteraient à la requête de celle d'entre elles qui le demanderait de façon à rétablir, si nécessaire, un mécanisme de prix qui donnât des résultats équitables pour elles deux ... Si, au cours du présent contrat, la situation générale en vigueur au moment de sa conclusion venait de se développer d'une façon telle que l'une des parties aurait à subir des rigueurs que l'on ne pourrait pas équitablement lui demander de supporter, les parties se mettraient d'accord pour adapter les conditions du présent contrat à la nouvelle situation d'une façon équitable pour les deux contractants".

Wanneer CFR vernam dat ERAP een analoge leveringsovereenkomst met ANTAR gesloten had, meende zij dat dit een wijziging van omstandigheden was die een contractswijziging wettigde. Toen geen akkoord over een contractswijziging bereikt werd, verzocht zij om arbitrage. De arbiters, die trouwens als "amiable compositeurs" zetelden, konden de feiten slechts naar billijkheid appreciëren :

"Attendu que l'importance du tonnage respectif qui faisait l'objet des contrats et les rôles réciproques tenus par ces sociétés en France avec leur réseaux de distribution, n'ont pas manqué d'avoir une incidence grave sur le marché du pétrole ; qu'au surplus, la situation générale du marché a connu par rapport à l'époque à laquelle les contrats ont été conclus, des modifications" (1).

146. Een appreciatie naar billijkheid mag niet enkel steunen op het subjectieve billijkheidsgevoelen van de arbiter. Uiteraard dient de arbiter rekening te houden met de feiten en de omstandigheden van het geval. Bovendien moet zijn oordeel stroken met de appreciatie, die men gewoonlijk aan dergelijke feiten en omstandigheden geeft (2). Een beslechting naar billijkheid vereist een objectieve norm. Vaak biedt het recht dit objectief element. Aldus wordt de vraag naar de verhouding tussen billijkheid en recht aangesneden.

(1) Beroep Parijs 13 januari 1971, Rev. Arb. 1973, 68 met noot FOUCHARD.

(2) Zie bijv. BGH 18 oktober 1968, BB 1969, 977.

Sommige auteurs stelden dat de arbiter, die naar billijkheid oordeelt, de beslechttingsnormen niet in een nationaal rechtssysteem, maar in een vager geheel van normen moet vinden. Landolt ziet de billijkheid als het geheel van regels die spruiten uit de rechtsopvatting van het betrokken milieu (1). Voor Crane zou de billijkheid bestaan uit de zakenethiek ; uit al hetgeen waarmee de rechter de wet soepel toepast ; uit al het billijke dat in de handelswet is neergelegd (2). Men kan zich evenwel afvragen wat het nut van deze opvattingen is. Het is moeilijk om de concrete inhoud van de normen aan te geven of om richtlijnen te verstrekken voor het zoeken van deze normen. Men kan trouwens niet aantonen dat de normen, die de partijen en arbiters inroepen, in dergelijk wazig normengeheel, thuishoren.

147. De billijkheid kan zich op drie manieren verhouden tot de rechtsnormen : "infra legem", "praeter legem" en "contra legem" (3).

148. De eerste vorm van billijkheid is deze "infra legem". Deze vorm van billijkheid druist niet tegen de rechtsnorm in, maar vult haar integendeel aan. Dank zij deze vorm van billijkheid wordt de rechtsnorm billijk toegepast. Het Institut de Droit International stelde trouwens, zowel wat de nationale als de internationale rechtsbedeling betreft :

"L'équité est normalement inhérente à une saine application du droit, et ... le juge international, aussi bien que le juge interne, est, de par sa tâche même, appelé à en tenir compte dans la mesure compatible avec le respect du droit" (4).

(1) LANDOLT, Rechtsanwendung oder Billigkeitsentscheid, 19.

(2) CRANE, Arbitration Journal, 1959, 171.

(3) DEGAN, V.D., L'équité et le droit international, Den Haag 1970, 25-35.

(4) Resolutie van 3 september 1937, Ann. I.D.I., 1937, 271.
Zie wat de rol van de billijkheid in het nationaal en het internationaal recht betreft : Equity in the world's legal systems, Brussel 1973.

Ook in talrijke arbitrage-uitspraken vulde de billijkheid de rechtsnorm in haar toepassing aan (1). De billijkheid "infra legem" wordt in het rechtssysteem ingeschakeld. Derhalve komt de billijkheid "infra legem" slechts aan bod in de mate de rechtsnorm aan de billijkheid een plaats toekent.

"L'arbitre ... peut donc statuer en équité ... dans la mesure où le droit s'y réfère" (2).

149. Naast de billijkheid "infra legem", die de rechtsnormen aanvult, is er deze "praeter legem", welke de rechtsnormen voorafgaat. De

-
- (1) - In een engelstalige Belgische arbitrage diende de arbiter te beslissen of een wanprestatie slechts tot schadevergoeding of ook tot de verbreking van de overeenkomst leidde (B.W. art. 1184). De arbiter bevestigde dat deze keuze enkel naar billijkheid gemaakt kan worden : hij noemde zichzelf - zoals de rechter die een dergelijke keuze moet doen - een "true minister of equity" (onuitgegeven "ad hoc"-uitspraak).
- In het Duitse recht dient de overeenkomst naar "Treu und Glauben" uitgevoerd (BGB §§ 157 en 242). De arbiters, die hierover oordelen, steunen zich enkel - zoals trouwens de rechters - op billijkheidsoverwegingen (KRAFZIK, Spruchpraxis, 48).
- Schade, die niet juist te begroten is, wordt "ex aequo et bono" vastgesteld. De billijkheid zorgt aldus dat het recht op schadevergoeding, dat in rechte bestaat, ook gevolg krijgt ; een schadevergoeding "ex aequo et bono" is niet toegelaten wanneer in rechte geen recht op schadevergoeding bestaat.
- "... le seul fait d'avoir procédé à (des) évaluations (ex aequo et bono) ne peut par lui même faire supposer que les arbitres ont voulu écarter les règles du droit...".
- (Beroep Brussel 30 december 1969, Pas. 1970, II, 73). Zie tevens Beroep Gent 8 juni 1951, R.C.J.B. 1951, 252. Sommige arbitrale uitspraken stellen dat het tot de eigen bevoegdheid van de "amiable compositeur" behoort om de schadevergoeding naar billijkheid te bepalen (onuitgegeven arb. uitspraak juni 1966 ; arbitrale uitspraak 30 maart 1968, Rev. Arb. 1968, 77). Deze uitspraken lijken evenwel over het hoofd te zien dat ook de rechter de schade "ex aequo et bono" kan begroten. Zie wat de "ex aequo et bono" schadevergoeding in de internationale arbitrage betreft : DEGAN V.D., o.c., 158-171.
- (2) Arbitrale uitspraak 7 juni 1966, J.T. 1967, 9. Zie tevens wat de internationale arbitrage betreft : "The Home Missionary Case", 1 I.L.R., 376-377, waaruit blijkt dat de billijkheid de arbiter niet toelaat van de rechtsnormen af te wijken.

billijkheid "praeter legem" is immers de methode en het richtsnoer van rechtsvinding (1). De rechter moet naar billijkheid recht vinden, wanneer de bestaande rechtsnormen hem niet bevredigen (2). Het gebeurt dat partijen of het arbitragereglement de arbiters eveneens de opdracht geven om aan de hand van de billijkheid beslechtingsnormen te vinden, telkens dit nodig is (3). Duitse arbiters verklaarden trouwens dat de billijkheid hun richtsnoer was (4). De rechter, die naar billijkheid oordeelt, moet een oplossing vinden die aan de omstandigheden van het geval aangepast is (5). Ook de arbiter, die zich bij de rechtsvinding door billijkheid laat leiden, dient de bijzonderheden van het geval "tot hun recht" te laten komen (6). De billijkheid "praeter legem" noopt er de arbiter bijgevolg toe om bij de rechtsvinding vooral oog te hebben voor de eigenheid en de noden van de casus, die hem voorgelegd werd. De arbiter is evenwel niet ambts-

-
- (1) Zie NEWMANN, Equity in comparative law, 17 I.C.L.Q. (1968), 807-848 ; idem : The general principles of equity, Equity in the World's legal systems, Brussel 1973, 590-599 ; VERHEUL, J.P., Rechtsvinding in het internationale privaatrecht, Preadvies der Calvinistische Juristen-vereniging, 1973, 3-4 ; DEGAN, V.D., o.c., 29-33. Zie tevens F. Ammoun in I.G. Barcelona Traction Case, second phase, 46 I.L.R., 506.
 - (2) Zie Zwitsers B.W. art. I, lid 2 ; Nederlands Ontwerp B.W. : inleidende titel, art. 4.
 - (3) Zie bijv. arbitrale uitspraak 7 juni 1966, J.T. 1967, 9 ; arbitragereglement § 53 van de Bulgaarse Arbitrage-commissie bij de Kamer van Buitenlandse Handel ; het arbitragereglement van de Internationale Spoorwegenunie (CALLIAU, G., L'arbitrage organisé par l'Union internationale des Chemins de Fer, Rev. Arb. 1964, 78-81).
 - (4) GROFOR-uitspraak van 4 december 1962 : "In einer solchen Umwelt, in der die Beklagte als Verkäufer so erkennbar die schwächere Rolle spielt, steht das Schiedsgericht vor einer schwierigen Aufgabe. Im Vordergrund für seine Urteilsfindung steht nicht das Recht, das gewiss nicht zu kurz kommen darf, sondern "Billigkeit, Treu und Glauben", wie ihm dies in den Schiedsgerichtsbestimmungen des Grofor zur Richtschnur gemacht wird" (geciteerd door KRAFZIK, Spruchpraxis, 46, noot 25).
 - (5) WIARDA, G., De rechter tegenover vage rechtsnormen, R.W. 1973-1974, 177-190, 181 ; SCHOLTEN, P., Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Zwolle 1974, 121-122.
 - (6) CRANE, Arbitration Journal 1959, 171 ; REISMAN, Arbitration Journal 1969, 77 : "more reference to the idiosyncratic characteristics of the parties and their relationship".

halve aan een rechtsorde gebonden. Elke rechtsnorm, die hij wil aanwenden, moet hij vinden. Derhalve moet elke arbitrale beslechtsnorm door de billijkheid "praeter legem" gevonden worden.

Is het evenwel niet utopisch te beweren dat handelsarbiters met de billijkheid als richtsnoer in staat zijn de geschikte rechtsnorm te vinden? Handelsarbiters zijn immers veelal geen geschoolde juristen, die beslissen zoals de rechtswetenschap voorschrijft (1). Meestal zijn het doorwinterde handelslui, "pragmatics of the market place" (2). Ook al kunnen zij misschien moeilijk de hand leggen op de relevante wettekst, zij zijn uiterst vertrouwd met de handelsgebruiken en gebruikelijke contractuele bedingen van hun sector. Het zijn deze normen van hun handelsmilieu die zij de geschikte rechtsnormen zullen vinden. Belangrijk blijft dat de arbiter, met de billijkheid als richtsnoer, op zoek moet gaan naar de normen en dat hij niet opzettelijk elke normvinding terzijde mag stellen (3). De arbiter, die zich bij de rechtsvinding onzeker voelt, en geen voldoende hulp van de partijen krijgt, kan overigens steeds zelf juridische informatie inwinnen (4).

150. In welke mate kan een arbiter naar billijkheid, maar tegen een

-
- (1) Zie BAUMBACH-SCHWAB, Schiedsgerichtsbarkeit, 122; BERGES, Recht und Billigkeit im Schiedsspruch, KTS 1959, 88-95, DAVID, L'arbitrage en droit comparé, 27; NOLEN, Handleiding, 144; RIEHLE, Probleme des schiedsrichterlichen Verfahrens, NJW 1950, 853-856 en de rechtsleer, geciteerd door KRAFZIK, Spruchpraxis, 45 noot 24. Zie tevens Kph. Brussel 22 januari 1960, Jur. Comm. Brux. 1960, 68 waar één der partijen tevergeefs inriep dat een ingenieur als arbiter geen recht kon toepassen.
 - (2) KAHN, Ph., La vente commerciale internationale, Parijs 1961, 39; SIREFMAN, J., In search of a theory of arbitration, Arbitration 1960, 68-77, 73.
 - (3) Zie BAUMBACH-SCHWAB, Schiedsgerichtsbarkeit, 156; KRAFZIK, Spruchpraxis, 48-49; MANN, International Arbitration Domke, 172; NOLEN, Handleiding, 145; SCHOTTELIUS, J., Zur Frage der Rechtsanwendung im internationale Rechtsverkehr, in Der Schutz des privaten Eigentums im Ausland, Heidelberg 1958, 149-158, 157.
 - (4) Zie nr. 23.

rechtsnorm - m.a.w. "contra legem"-oordelen ? Drie punten moeten klaar gesteld worden.

Ten eerste bestaat de verleiding te poneren dat de billijkheid tot minder harde resultaten leidt dan het recht zodat de uitspraak naar billijkheid gemakkelijker geaccepteerd wordt (1). Men beperkt "recht" dan echter tot het "jus strictum" of "Juristenrecht", wat een te eng, en bijgevolg onvolledig concept is. Het recht bestaat niet enkel uit de nationale wet, maar ook uit contractuele bedingen en handelsgebruiken. Dit recht wordt overigens met billijkheid ("infra legem") aangewend. De billijkheid "contra legem" vereist dus meer dan een uitspraak, die tegen een wettekst indruist. Zolang de uitspraak steunt op een handelsgebruik of op een contractueel beding, of het gevolg is van een billijke toepassing van de wet, is zij niet "contra legem".

Vervolgens is het de regel dat de arbiter zijn oordeel op rechtsnormen steunt. Wanneer hij een rechtsnorm, die normaliter aangewend dient te worden, terzijde stelt, beslecht hij het geschil niet zoals de partijen van hem zouden mogen verwachten. Bijgevolg kan de arbiter slechts naar billijkheid "contra legem" beslissen indien hij hiervoor uitdrukkelijk een geldige opdracht vanwege de partijen kreeg (2). Uit een toevallige vermelding in het arbitragereglement dat de arbiter

-
- (1) Zie bijv. FOUCHARD, Arbitrage, nr. 582 ; LANDOLT, Rechtsanwendung oder Billigkeitsentscheid, 19 en 22 ; de arbitrage-praktijk in de aardappelhandel, gerapporteerd door KRAFZIK, Spruchpraxis, 43.
 - (2) In het Franse, Belgische en Duitse recht waar arbitrage naar billijkheid naast deze in rechte bestaat, kunnen de partijen slechts naar billijkheid oordelen, indien zij hiertoe een geldige opdracht der partijen verkregen hebben. Het Engelse recht geeft noch de partijen de mogelijkheid om in een overeenkomst, onderworpen aan het Engelse recht, te bedingen dat de arbiter naar billijkheid moet oordelen ; noch de arbiter, die aan de Engelse arbitragewet onderworpen is, de toelating om naar billijkheid te beslechten (zie nrs. 134-140). Ook in het internationaal recht mag slechts "contra legem" beslist worden indien de partijen zo wensen : "Le juge international ne peut s'inspirer de l'équité pour rendre sa sentence sans être lié par le droit en vigueur, que si toutes les parties donnent autorisation claire et expresse à cette fin". Resolutie van 3 september 1937, Ann. I.D.I. 1937, 271.

naar billijkheid moet oordelen, kan men m.i. niet afleiden dat de arbiter meer mag doen dan met de billijkheid als richtsnoer recht te vinden en toe te passen. De bedoeling der partijen, om de arbiter toe te laten te beslissen tegen het recht in, moet ondubbelzinnig vaststaan. De arbiter, die naar billijkheid "contra legem" wil beslissen, moet daarenboven nagaan of hij dit kan, rekening houdend met de contractuele grondslag der arbitrage en haar jurisdictionele dimensie. Enkel indien zowel de "lex contractus" der overeenkomst tot arbitrage als het arbitragerecht toelaten dat de arbiters een normaaliter aan te wenden rechtsnorm terzijde stelt in naam der billijkheid, moet de arbiter deze rechtsnorm niet volgen (1).

Tenslotte moet de arbiter, die "contra legem" mag oordelen, niet principieel elke rechtsnorm terzijde leggen. In nagenoeg alle gevallen biedt het recht immers de maatstaf voor een billijke beoordeling. De rechtsnorm is trouwens een veiliger baken dan het subjectieve billijkheidsgevoelen (2). Juister lijkt het dat de arbiter "contra legem" de mogelijkheid bezit om een rechtsregel terzijde te stellen, maar dat hij, indien hij dit verkiest, zich tevens door rechtsnormen mag laten leiden. Het compromissoir beding, in de overeenkomst tussen Tunesië en de Compagnie des Transports par Pipelines, drukt deze opvatting correct uit :

"Le tribunal ou l'arbitre aura les pouvoirs d'amiable compositeur et ne sera obligé de suivre aucune règle particulière de droit, mais il pourra, s'il estime qu'il échet, fonder ses décisions sur des principes de droit ..." (3).

(1) Zie nr. 142.

(2) LANDOLT, Rechtsanwendung oder Billigkeitsentscheid, 135 : "Es ist in grundsätzlicher Hinsicht auch zu bedenken dass ein geltendes Recht immerhin die Rechtserfahrung von so und so vielen Generationen enthält, die im Laufe der Jahrhunderte das Recht zu einem immer feineren, differenzierten und auf die Lebensverhältnisse immer besser abgestimmten Instrument werden liess, der gegenüber die Rechtserfahrung eines einzelnen nicht immer zu bestehen mag".

(3) Geciteerd door WEIL, 128 RdC (1969, III), 162.

Zelfs bij de arbitrage naar billijkheid verwachten kooplui dat het recht maatstaven voor een billijke beslechting biedt (1). De arbiter, die naar billijkheid "contra legem" mag oordelen, zal derhalve slechts occasioneel - en enkel voor de rechtsnormen die tot onaanvaardbare resultaten zouden leiden - bewust een rechtsnorm terzijde laten (2).

Om deze redenen verbaast mij de uitspraak van de I.K.K. waarin de arbiters - vertrekkend van de vaststelling dat de partijen geen recht als "lex contractus" hadden aangeduid maar integendeel voor een arbitrage naar billijkheid hadden geopteerd - oordeelden dat het derhalve geen belang meer had welk recht van toepassing was (3). Een arbitrage naar billijkheid sluit immers niet uit dat rechtsnormen toegepast worden.

In de volgende hoofdstukken wordt belicht in welke mate de billijkheid zich verhoudt tot beslechtingsnormen, zoals de contractuele bedingen, de handelsgebruiken, de algemene rechtsbeginselen, het nationale recht en het internationaal recht.

(1) RIEDBERG, Der "amiable compositeur", 74.

(2) DEGAN, V.D., o.c., 33-35, ROBERT, Arbitrage, nr. 161 ; DAVID, L'arbitrage en droit comparé, 23. In de Wereldbank-Conventie werd om deze reden de bepaling inzake de rechtskeuze gescheiden van de bepaling inzake de arbitrage naar billijkheid. De ontwerpers wilden immers de indruk vermijden dat de arbitrage naar billijkheid onverenigbaar was met de arbitrage in rechte (Documents II, nr. 33, 570).

(3) I.K.K. nr. 2720.

HOOFDSTUK II

DE CONTRACTUELE BEDINGEN§ 1. Eerste bron van arbitrale rechtsvinding

151. De rechter, die zijn ambt in een staatsbestel uitoefent, is - als deel van de rechtsprekende macht - aan de normen van zijn recht gebonden. Uiteraard moet de rechter de wet, de ruggegraat van zijn recht, toepassen. Gewoonten en gebruiken kan de rechter aanwenden in de mate zij in zijn rechtsorde als norm erkend worden. Bovendien - wat voor dit hoofdstuk belangrijk is - zijn contractuele bedingen voor de rechter als norm slechts betekenisvol omdat zijn rechtsorde deze bedingen tot norm verheft.

Als niet-ambtelijk burger, wiens rechtsmacht op het akkoord van partijen berust, is de arbiter niet ambtshalve verplicht om normen van een bepaalde rechtsorde aan te wenden. Zijn contractuele beslechtingsopdracht sluit daarentegen in dat hij zoveel mogelijk de normen aanwendt die de partijen als beslechtingsnorm bedoelden. Vaak is het voor de arbiter moeilijk te achterhalen welke normen de partijen voor hun rechtsverhouding vooropgesteld hebben. Van één soort normen is hij evenwel zeker dat zij door de partijen als beslechtingsnorm bedoeld werden ; nl. van de bedingen, die de partijen zelf als hun norm hebben neergelegd in de overeenkomst, waaruit het geschil ontstaan is. Deze contractuele bedingen zijn immers de normen die de partijen aangewend willen zien ter beoordeling van het geschil, dat uit hun overeenkomst groeide. Bijgevolg moet een arbiter luidens zijn beslechtingsopdracht in de eerste plaats kijken naar de bedingen der overeenkomst, waaruit het geschil ontstaan is (1). Een arbiter, die de contractuele bedingen

(1) FOUCHARD, Arbitrage, nr. 588 : "Moins liés que les tribunaux aux droits nationaux, ils sont, en revanche, plus dépendants des commerçants qui en ont fait leurs juges ; ils puiseront dans l'expression de leur commune volonté la "matière première" de leur argumentation juridique".

zou negeren, zou bovendien over het hoofd zien wat de partijen als lichtbakens beschouwden bij de uitvoering van hun overeenkomst. Aldus zou elk verband verdwijnen tussen de gedragingen der partijen en de beoordeling van deze gedragingen, - toch een minimale vereiste voor een billijke beslechting. Ook om functionele redenen mag een arbiter de contractuele bedingen der overeenkomst niet uit het oog verliezen. Immers, juist omdat partijen vrezen dat de rechter de contractuele relatie, zoals zij die opbouwden, niet ten volle zou vatten, verkiezen zij hun geschil aan arbiters toe te vertrouwen (1). Indien de partijen in dit opzet ontgoocheld worden, zal de arbitrage uiteindelijk veel van haar aantrekkingskracht inboeten. De arbitrage kan derhalve haar rol slechts vervullen indien de arbiters de bedingen der overeenkomst eerbiedigen. De overeenkomst is het eerste waarnaar de arbiters moeten grijpen om het geschil, dat uit deze overeenkomst voortvloeiende, te appreciëren en te beslechten. De overeenkomst is bijgevolg de eerste bron van arbitrale rechtsvinding (2).

152. Een enkele maal bevestigen partijen in de overeenkomst dat de arbiters de contractuele bedingen als norm dienen aan te wenden (3). Soms schrijft het arbitragereglement dit voor (4). Het is evenwel een essentiële verplichting voor elke arbiter om rekening te houden met de contractuele bedingen van de partijen. Dit blijkt trouwens uit art. VII van het Europees Verdrag inzake de internationale handelsarbitrage :

-
- (1) "C'est sa finalité économique qui tend à écarter l'arbitrage de la loi pour la placer tout entier dans le contrat" : ROBERT, J., International Arbitration Domke, 237.
 - (2) Zie in deze zin tevens FOUCHARD, Arbitrage, nr. 588 ; GOLDMAN, 109 RdC (1963, II), nr. 229 ; GENTINETTA, Lex Fori, 194 ; KAISER, Das europäische Ubereinkommen, 149 ; FISCHER, Konzession, 157.
 - (3) Bijv. "This Agreement shall have the force of law" (concessie-overeenkomst tussen Abu Dhabi en Mitsubishi (1968) ; OPEC 1968, 62) ; "La présente convention constitue la loi des parties" (overeenkomst tussen Tunesië en de Compagnie des Transports par pipelines, art. 21 (1958) ; WEIL, 128 RdC (1969, III), 181).
 - (4) Bijv. I.K.K.-arbitragereglement, art. 13, lid 5 ; ECE-reglement, art. 38 ; UNCITRAL-ontwerp, art. 27, lid 4.

"...De ~~scheidslieden~~ houden rekening met de bedingen van het contract" (1).

Dit citaat heeft een dubbele betekenis. Vermits het Verdrag ontstaan is uit de gedachtenwisseling van een internationale schare arbitrage-deskundigen, is het vooreerst een belijdenis van de betekenis van contractuele bedingen voor de arbitrale praktijk. Als verdragstekst, in elke belangrijke rechtsorde opgenomen, creëert het bovendien een verplichting voor de arbiters.

153. Om de terminologie van Gentinetta over te nemen kan men stellen dat de contractuele bedingen - als richtlijnen vanwege deze partijen - deel uitmaken van het arbitrale "lex fori", waaruit de arbiter zijn beslechtingsnormen zal putten. De arbiter is immers niet, zoals de rechter, in zijn beslechting gebonden aan de "lex fori" van de rechtsorde waarin hij zetelt, vermits hij als contractuele beslechter in de marge van de rechterlijke macht staat. Uit het wezen van de arbitrage spruit evenwel, aldus Gentinetta, een eigen "lex fori" voort, die samengesteld is uit drie elementen. Naast de richtlijnen, die uitgaan van de schepper ("creator") van de arbitrage, omvat het enerzijds de normen, waaraan deze "creator" onderworpen is en die bepalen of zijn richtlijnen binden, en anderzijds de persoonlijke rechtsopvatting van de arbiter. Creator van de arbitrage zijn in de eerste plaats de partijen, vermits zij de arbitrage op gang brengen (2). Hun richtlijnen, nl. de contractuele bedingen, zijn de primaire bouwstenen voor de arbitrale "lex fori".

(1) Art. VII, in zijn geheel beschouwd, stelt weliswaar dat de arbiter, die in de eerste plaats het recht moet toepassen dat de partijen of hijzelf kozen, tevens rekening moet houden met de bedingen der overeenkomst en met de handelsgebruiken. Het oorspronkelijke ontwerp van tekst stelde deze drie rechtsbronnen evenwel op gelijke voet en bepaalde dat de arbiter de contractuele bedingen, de wet of de handelsgebruiken moest aanwenden. Deze oorspronkelijke tekst blijkt louter om vormredenen tot de huidige redactie gewijzigd. Derhalve kan men aanvaarden dat deze wijziging de bedoeling van het oorspronkelijk ontwerp niet in het gedrang brengt (VON HOFFMANN, Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, 125).

(2) Zie GENTINETTA, Lex Fori, vooral 107-111.

154. Rechtstheoretisch beschouwt men contractuele bedingen doorgaans niet als "rechtsnormen". De contractuele prestaties van de partijen worden weliswaar door de contractuele bedingen geregeld. In deze zin zijn contractuele bedingen uiteraard normen. "Rechtsnormen", waarbij men aan wetsbepalingen of gewoonten denkt, zijn evenwel algemene gedragsregelen, waarvan de naleving afgedwongen kan worden door de staat. Zij richten zich tot een omvangrijke groep personen van eenzelfde categorie, wier gedragingen zij blijvend willen regelen. Hun voorwerp is niet de individuele casus ; maar alle gevallen die onder de abstracte definitie van hun toepassingsfeer vallen (1). Contractuele bedingen binden daarentegen slechts de partijen tot de overeenkomst ; hun levensduur is beperkt tot het bestaan van de overeenkomst. Zij zijn bijgevolg geen algemeen geldende rechtsnormen, maar contractuele "Einzelfregelingen", "ad hoc"-regels, "lex privata" (2). Voor de rechtsfilosoof is het misschien belangrijk te bepalen of het contractueel beding uiteindelijk een rechtsnorm is. Voor de arbiter is deze terminologische vraag irrelevant om de casus te beslechten. Het volstaat hem dat hij het contractueel beding als rechtsnorm kan aanwenden.

155. Hoe meer principen en bepalingen in de overeenkomst neergelegd worden, hoe meer kans de arbiter heeft om tussen de contractuele bedingen de regel te vinden waarop zijn beslechting kan steunen.

Voor belangrijke transacties gaan de partijen meestal niet enkel akkoord over de essentie van de transactie, maar stellen zij met zorg en juridisch inzicht een uiterst gedetailleerde overeenkomst op. Over verscheidene pagina's spinnen zij er hun rechten en plichten uit. Petroleumconcessies omvatten bijvoorbeeld, zoals de verzameling "Selected Documents of the International Petroleum Industry" van de OPEC aantoon, doorgaans een veertigtal pagina's waarin de verscheidene aspecten van

(1) Voor MEYER-CORDING, U., Die Rechtsnormen, Tübingen 1971, 24-26, behoort de algemene gelding tot de essentie van de rechtsnorm. Voor Kelsen, Larenz e.a. is dit evenwel niet zo wezenlijk (o.c. 26 noot 8).

(2) LARENZ, K., Lehrbuch des Schuldrechts, München 1970, deel I, § 6 III, p. 68, noot 1. MEYER-CORDING, U., o.c., 26. VERHEUL, J.P., Rechtsvinding in het internationaal privaatrecht, Preadvies Calvinistische Juristenvereniging, 1973, 3.

de juridische relatie tussen partijen werden neergelegd.

Niet bij elke overeenkomst worden de contractuele bedingen echter door de partijen opgesteld en besproken. De transactie kan dermate gebruikelijk zijn dat de partijen beschikken over formulieren, waarop de bedingen, die voor dergelijke transactie nuttig zijn, vooraf gedrukt werden. Door het formulier als overeenkomst te adopteren, maken de partijen de gedrukte bepalingen tot contractuele bedingen. Zij moeten nog slechts de specifieke elementen van de transactie, zoals de identiteit der partijen, het voorwerp van de overeenkomst, de te betalen prijs, enz., invullen. Dergelijke standaardovereenkomsten zijn o.m. in trek voor warenverkoop ter beurse, waar kooplui de tijd niet hebben om de termen der overeenkomst te bespreken. Bij transacties, die per brief, telefoon of telex gesloten worden, refereren partijen ook vaak naar een standaardovereenkomst ; zonder verdere correspondentie lassen zij dan de bedingen van deze standaardovereenkomst in hun transactie in. Tenslotte leidt het streven naar een gedetailleerde en goed opgestelde overeenkomst tot het gebruik van degelijke standaardovereenkomsten, zoals bijvoorbeeld van deze die door een internationaal college van experts opgesteld werden voor de ECE.

De rol, die standaardovereenkomsten bij de arbitrage spelen, mag men niet onderschatten. Uiteraard bieden de standaardovereenkomsten de arbiters een massa contractuele bedingen welke als beslechtingsnorm interessant kunnen blijken. Meestal bevatten zij ook een compromissoir beding waardoor zij de arbiters rechtmacht verlenen om het geschil te beslechten. Zo stelt de Arbitrage- en Verzoeningskamer van Granen en Zaden van Antwerpen omvangrijke standaardovereenkomsten ter beschikking van de graanhandelaren. Deze overeenkomsten zijn aantrekkelijk voor deze handelslui daar zij rekening houden met de specifieke vereisten van elke soort transacties : voor elk type bestaat er een formulier (nr. 1 voor verkoop van granen "beschikbaar" te Antwerpen ; nr. 2 voor verkoop van inlands graan ; nr. 3 voor verkoop van Belgische brouwerst ; nr. 7 voor verkoop F.O.B. ; nr. 8 voor verkoop C.I.F. ; enz.). Al deze standaardovereenkomsten bevatten een compromissoir beding waardoor de Antwerpse Arbitrage- en Verzoeningskamer bevoegd wordt om de geschillen, die uit deze overeenkomst zouden ontstaan, te beslechten. Aldus brengen deze standaardovereenkomsten de arbiters niet alleen geschikte beslechtingsnormen aan, maar tevens de te arbitreren geschillen.

Naast de standaardovereenkomsten staat een tweede weg voor de partijen open om gedetailleerde overeenkomsten te verkrijgen, zonder zelf de

tijdrovende redactie, die hiervoor vereist zou zijn, te verrichten. Partijen kunnen immers in de overeenkomst algemene voorwaarden inlassen, die een handelsorganisatie of één der partijen opgestelde. Dergelijke algemene voorwaarden zijn een verzameling algemene regels die relevant kunnen zijn voor een categorie transacties. Partijen die dergelijke algemene voorwaarden voor hun transactie nuttig achten, incorporeren ze in hun overeenkomst. De principen van de voor-algemeen-gebruik-opgestelde algemene voorwaarden worden aldus contractuele bedingen van een bestaande overeenkomst ; het is als deel van de overeenkomst dat de algemene voorwaarden rechtskracht bezitten (1). Standaardovereenkomsten worden door de partijen ondertekend. De algemene voorwaarden worden slechts in de overeenkomst ingelast. Vaak blijft deze inlassing in rechte zelfs mogelijk nadat het aanbod tot contracteren reeds gedaan werd (bijvoorbeeld door de partij die dit aanbod aanvaardt, of door de partij, die na de uitvoering van haar prestatie een factuur stuurt waarop deze algemene voorwaarden - al dan niet op de keerzijde - vermeld staan. Doorgaans is het een partij die haar voorwaarden bij de inhoud der overeenkomst voegt, en is het de andere partij, die zich hiertegen niet verzet. Deze inertie kan in rechte als een stilzwijgende aanvaarding geconstrueerd worden. Van een werkelijke wilsovereenstemming tussen partijen, om deze algemene voorwaarden in de overeenkomst in te lassen, is evenwel meestal geen sprake.

Het probleem der bindende kracht van niet-uitdrukkelijk aanvaarde algemene voorwaarden stijgt uit boven de arbitrale beslechting en raakt het algemene verbintenissenrecht en het verbruikersrecht. De rechtsorden zullen bepalen of de termen der algemene voorwaarden als contractuele bedingen gelden. M.i. kunnen de arbiters bedingen van algemene

(1) Zie eveneens LARENZ, K., Lehrbuch des Schuldrechts, deel I, München 1970, § 6 III, p. 68 ; REIMANN, Zur Lehre vom "rechtsordnungslosen Vertrag", 37-39. De algemene voorwaarden, die gelden voor leveringen tussen Oostblok landen, moeten echter door de arbitragecommissies beschouwd worden als wetsnormen, die ook gelden ook al werd er in de overeenkomst niet naar verwezen. Zie bijv. Metallimex t. Rudmetall, C.A.C. nr. 62 ; Export-Import Vereniging voor Tsjechoslovaakse Ceramiek t. Exportal, C.A.C. nr. 63.

voorwaarden enkel als contractuele normen aanwenden indien de wils-overeenstemming van beide partijen om deze voorwaarden tot inhoud van hun overeenkomst te maken, vaststaat. Dit belet niet dat arbiters algemene voorwaarden in andere gevallen als gebruik kunnen aanwenden (1).

Sommige algemene voorwaarden en standaardovereenkomsten worden opgesteld door bedrijfssectoriële instellingen. Zoals de wetgever in de wet voorschrijft hoe men zich gedragen moet, bepaalt de instelling in deze algemene voorwaarden en standaardovereenkomsten welke normen zij voor de handelstransacties gewent acht. Deze documenten bevatten tevens een compromissoir beding waardoor de arbitrage-afdeling van deze instelling bevoegd wordt tot beslechten. Het is logisch dat de arbiters de documenten, opgesteld door de instelling in wiens schoot zij zetelen, een geprivilegieerde plaats toekennen. Zij zullen de documenten, die hierin vervat liggen, trouwens interpreteren en uitbouwen (2).

Wanneer de partijen de arbitrage laten verlopen in de schoot van een arbitrale instelling, is deze instelling - om in Gentinetta's woorden te spreken - de "co-creator" van de arbitrage (3). Bijgevolg zijn haar richtlijnen, neergelegd in standaardovereenkomsten en algemene voorwaarden, "lex fori" voor haar arbitrage-afdeling. Dit verklaart waarom in bedrijfssectoriële arbitrage standaardovereenkomsten en algemene voorwaarden soms als beslechtingsnorm worden toegepast, - ook al hebben de partijen deze documenten niet in hun overeenkomst ingelast. De band tussen standaardovereenkomsten of algemene voorwaarden en de overeenkomst wordt trouwens op zijn kop gezet : standaardovereenkomsten en de algemene voorwaarden gelden niet meer dank zij de overeenkomst, waarin zij opgenomen werden ; de overeenkomst geldt daarentegen krachtens hen (4).

-
- (1) Bijv. Joegoslaafse Arbitrage-commissie, 10 februari 1967, mbt. E.C.E. algemene voorwaarden (VARADY, Jug. Rev. Med. Pravo 1970, 359-360).
 - (2) Zie bijv. bij de Hamburgse arbitrage, KRAFZIK, Spruchpraxis, 94-113.
 - (3) Zie GENTINETTA, Lex Fori, 108-111.
 - (4) Zo stelde art. 2 van de Règles et Usages du commerce inter-européen des pommes de terre (R.U.C.I.P.), opgesteld door de Union Européenne du Commerce de Gros des Pommes de Terre en de Union Européenne des Industries de Transformation de la Pomme de Terre, dat de vermelding in een confirmatie van overeenkomst van het woord "R.U.C.I.P.", de R.U.C.I.P.-handelsvoorwaarden in de overeenkomst inlast. Art. 3 tot 5 bepalen hoe overeenkomsten kunnen gesloten worden ; binnen welke termijn het aanbod dient aanvaard ; hoe een mondelinge overeenkomst schriftelijk wordt bevestigd enz.. De R.U.C.I.P.-regelen kunnen evenwel slechts het ontstaan van een

.../...

§ 2. Niet enige bron van arbitrale rechtsvinding

156. De meeste arbitrage-geschillen betreffen een dispuut over een feitelijk element, zoals de kwantiteit van het geleverde. De contractuele bedingen, de eerste bron der arbitrale rechtsvinding, stellen meestal nauwkeurig en ondubbelzinnig de criteria voorop waaraan dat feitelijk element moet voldoen. De contractuele bedingen zullen in deze gevallen meestal volstaan als beslechtingsnorm (1).

De volledigheid, nauwkeurigheid en gedetailleerdheid van sommige overeenkomsten der transnationale handel, zoals olieconcessies, trof sommige auteurs dermate dat zij meenden dat dergelijke overeenkomsten voldoende normen zouden bevatten voor de partijen (2). Men kan er zich evenwel over verwonderen dat de auteurs zich deze vraag enkel stelden aangaande internationale overeenkomsten, terwijl ook voor in-landse transacties even uitgebreide overeenkomsten aangewend worden.

Aldus ontstond het probleem van het "contrat sans loi" (3). In feite

.../...

overeenkomst en hun toepassing op de overeenkomst regelen, indien zij niet in de overeenkomst ingelast worden, maar als ze zelfstandige norm boven de overeenkomst staan.

Zo bepaalt art. 2 van de E.C.E. algemene voorwaarden voor de in- en uitvoer van gebruiksgoederen van de metaal-industrie (formulier nr. 730) dat de overeenkomst gesloten wordt door de verzending van het bericht dat het aanbod aanvaardt. Ook deze bepaling is slechts zinvol indien de algemene voorwaarden als zelfstandige normen, en niet enkel als contractuele bedingen gelden.

- (1) Zie FOUCHARD, Arbitrage, nr. 588 ; WAHLER, Schiedsgerichtsbarkeit in der UdSSR, 105. Cfr. I.K.K. nr. 2152 : "The undersigned deems it unnecessary to decide whether a particular system of municipal law is applicable to the agreement".
- (2) FISCHER, Konzession, 157 : "Der Vertrag bildet damit ein rechtliches Ganzes, eine Einheit".
- (3) Dit begrip werd ingevoerd door TALLON, Law applied by Arbitration Tribunals, 157. Zie tevens PEYREFITTE, L., Le problème du contrat dit "sans loi", Dall. 1965, Chr. 113-120 ; LEVEL, P., Le contrat dit sans loi, Trav. Com. Dr. Intern. 1964-1966, 209. REIMANN, Zur Lehre von "rechtsordnungslosen Vertrag" ; ZWIGERT, 5 Ber. D. Ges. VR. (1964), 198.

is deze benaming onjuist : de auteurs beweren niet dat de overeenkomst vreemd is van elke wet ; zij willen slechts beklemtonen dat enkel de overeenkomst de wet voor partijen is (1). Juister lijkt het daarom te spreken van "self-regulatory contracts" (2) ; het opzet van dergelijke overeenkomsten bestaat erin de rechtsverhouding tussen partijen volledig te regelen. Zij willen op zichzelf volstaan. Derhalve kan men in het Nederlands spreken van zelfgenoegzame overeenkomsten.

Partijen kunnen het anderzijds interessant vinden om in hun overeenkomst te bedingen dat enkel de overeenkomst als norm geldt (3). Door dit beding willen zij hun contractuele verhouding isoleren tegen rechtsnormen, die zij bij het afsluiten van de overeenkomst niet kenden, maar die bij de beslechting van een geschil aangewend kunnen worden. Dergelijk beding zou hun overeenkomst eveneens moeten afschermen tegen wetswijzigingen, die - ingevoerd nadat hun overeenkomst gesloten werd - hun contractuele prestaties gevoelig beïnvloeden.

Enkel bij arbitrage bestaat er een kans dat het zelfgenoegzaam karakter van een overeenkomst aanvaard wordt.

-
- (1) In deze zin is Goldman wellicht fout wanneer hij stelt dat de arbitrage van het Centrum voor Beslechting van Investeringsgeschillen het "contrat sans loi" uitsluit vermits art. 42 van de Wereldbank-Conventionie de arbiters beveelt om volgens rechtsregels te beslechten (Le Droit applicable selon la Convention de la B.I.R.D., 146). Art. 42 laat immers in de eerste plaats de partijen de mogelijkheid om zelf deze rechtsregels aan te duiden ; slechts wanneer dit niet gebeurde, zouden de arbiters rechtsregels moeten zoeken. Welnu, niets belet de partijen om aan te duiden dat hun overeenkomst de aan te wenden rechtsregels bevat.
- (2) FISCHER, Konzession, 157 ; SCHMITTHOFF, 28 RabelsZ. (1964), 71 ; 17 I.C.L.Q. (1968), 564-565 ; VARADY, Jug. Rev. Med. Pravo 1970, 360.
- (3) Zie bijv. de overeenkomsten tussen Tunesië en de Compagnie de Transports par Pipelines (1958) art. 21 (WEIL, 128 RdC (1969, III), 162). Voor PIRRUNG (Schiedsgerichtsbarkeit nach dem Weltbankübereinkommen, 152-153) zouden partijen mbt. de arbitrage der Wereldbank enkel kunnen opteren voor een nationaal recht.

Even leek het Parijse Hof van Beroep open te staan voor het bestaan van een zelfgenoegzame overeenkomst : een eiseres bleek "mal fondée à prétendre que le contrat devrait être nécessairement rattaché à la législation d'un pays déterminé" (1). Met klem verbrak het Franse Hof van Cassatie evenwel dit onorthodoxe arrest ; het stelde uitdrukkelijk dat elke overeenkomst in een rechtsorde moet ingeschakeld worden (2). De auteurs legden zich erbij neer dat een rechtbank moeilijk kan aangaarden dat een overeenkomst zelfgenoegzaam zou zijn. Zij stelden evenwel meer hoop in de arbiters, die in de eerste plaats niet aan een rechtsorde maar aan de contractuele bedingen der partijen gebonden zijn. Zij beseften dat enkel bij een arbitrale beslechting een zelfgenoegzame overeenkomst enige levenskans zou bezitten (3).

Evenwel wees Sauser-Hall in de arbitrage tussen Aramco en Saoedi-Arabië het bestaan van een zelfgenoegzame overeenkomst van de hand :

"Il est certain qu'un contrat quelconque ne peut pas exister in vacuo" (4).

Hetzelfde deed Guggenheim in een arbitrage tussen de Griekse Staat en verscheidene electriciteitsmaatschappijen :

"La convention n'établit pas un système de droit complet" (5).

De contractuele bedingen volstaan immers niet voor elke arbitrale beslechting. Dit wordt zelfs toegegeven door de meest fervente voorstanders van de zelfgenoegzame overeenkomst (6).

157. Contractuele bedingen zijn in de eerste plaats onbruikbaar om

(1) Beroep Parijs 24 april 1940, Sirey 1942.2.29 met noot NIBOYET.

(2) Frans Cass. 21 juni 1950, R.C.D.I.P. 1950, 609 met noot BATIFFOL ; Dall. 1951, J., 749 met noot HAMEL ; J.C.P. 1950.II.5812 met noot LEVY. Zie tevens RG 28 mei 1936, J.W. 1936, 2059.

(3) PEYREFITTE, L., art. cit., 113 ; SCHMITTHOFF, Unification of the law of international trade, 22.

(4) R.C.D.I.P. 1963, 312.

(5) Geciteerd door WEIL, 128 RdC (1969, III), 169.

(6) Bijv. SCHMITTHOFF, Unification of the law of international trade, 22 ; KOPELMANAS, Rev. Trim. Dr. Com. 1957, 891.

over het bestaan en de geldigheid van de overeenkomst te oordelen. Zij worden slechts norm omdat het akkoord, waarin ze vervat liggen, een bindende overeenkomst is volgens het relevante rechtssysteem (1). De arbiter zal de toepasselijke normen van dat rechtssysteem moeten vinden om bijv. problemen omtrent het ontstaan van een overeenkomst "inter absentes" op te lossen of om vast te stellen of de formele geldigheidsvereisten voor de overeenkomst vervuld zijn.

Uitspraken van de Sovjet Arbitrage-commissie illustreren hoe de contractuele bedingen onbruikbaar zijn om over de geldigheid van de overeenkomst te oordelen. Het was voor de arbiters weliswaar gemeengoed ("common knowledge") dat een overeenkomst partijen slechts bindt wanneer het aanbod van de ene door de andere aanvaard werd (2). Zij gingen niet bij een rechtssysteem te rade om deze evidentie in te zien. Het leek hen echter onvermijdelijk om een beroep te doen op het Sovjet Burgerlijk Wetboek om te bepalen dat de overeenkomst slechts gesloten werd wanneer de aanvaarding bij de aanbieder toekomt en de wettelijke vormvereisten vervuld zijn (3). Eveneens pasten zij het Sovjet recht toe om te oordelen dat een mondeling akkoord geen bindende overeenkomst was (4).

Ook voor de interpretatie van een onduidelijk contractueel beding moet de arbiter steunen op een interpretatienorm die hij niet kan vinden in de tekst zelf van de overeenkomst (5).

-
- (1) Zie evenwel art. 3-5 van de R.U.C.I.P.-handelsvoorwaarden, die bepalen hoe een overeenkomst gesloten wordt; binnen welke termijn het aanbod dient aanvaard; hoe de overeenkomst schriftelijk bevestigd moet worden. Art. 2 van de ECE-voorwaarden, formulier nr. 730 bepaalt dat de overeenkomst gesloten wordt door de verzending van de aanvaarding. Het is m.i. zinloos dat dergelijke documenten, die slechts als contractueel beding kunnen gelden, deze bepalingen bevatten. Zie nr. 155, p. 238, noot 4.
 - (2) Zie Incomar t. Raznoexport, C.A.C. nr. 38.
 - (3) Zie Fanto t. Soyuznefteexport, C.A.C. nr. 16; Stankoimport t. Swisstool, C.A.C. nr. 29; Incomar t. Raznoexport, C.A.C. nr. 46, Necton t. Prodintorg, C.A.C. nr. 61; Clunet 1960, 879.
 - (4) Zie Schenker & Co. t. Raznoimport, geciteerd door KING SMITH, 10 Harv. Int. L.J. (1969), 83; Hoffmann t. Maschinoimport, C.A.C. nr. 47.
 - (5) VON HOFFMANN, Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, 70.

Arbiters kunnen bijvoorbeeld pogen om een beding te interpreteren aan de hand van de geest der overeenkomst (1) en de bedoeling der partijen (2). Zij kunnen ook refereren naar de inhoud die in het handelsmilieu aan een term gewoonlijk gegeven wordt (3). Men kan trouwens stellen dat arbiters, die vertrouwd zijn met het milieu der partijen, best geschikt zijn om een overeenkomst, die uit dit milieu ontsproten is, te interpreteren (4). Tenslotte krijgen sommige termen der overeenkomst slechts inhoud wanneer zij gesitueerd zijn in een rechtsorde (5). In elk geval kunnen de arbiters zich aansluiten bij de interpretatienormen van een nationaal rechtssysteem, welke trouwens van rechtsorde tot rechtsorde verschillen (6).

-
- (1) Bijv. I.K.K.-uitspraak, nr. 1258 waar de arbiters, na een analyse van de "économie du contrat", stelden :
- "Attendu que l'exposé général et les clauses particulières du contrat déterminent justement la commune intention des parties sur laquelle le droit commun international fonde l'interprétation des conventions".
- Het moge niet verwonderen dat de hoofdarbiter van dit arbitraal paneel L. Kopelmanas was, één der voorstanders van het "contrat sans loi" en de anationale arbitrage.
- (2) Overeenkomst zo geïnterpreteerd dat zij niet strijdig is met art. 85 van het E.E.G. verdrag (I.K.K.-uitspraak nr. 1418). I.K.K. nr. 2375 laat de interpretatie niet afhangen van de toepasselijke wet maar van de bedoeling der partijen "Qu'enfin, le problème posé au Tribunal arbitral ne comporte que d'interprétation de conventions intervenues entre les parties, et la recherche de leur volonté exacte au moment où elles ont traité ; que dans pareille étude, on ne voit pas l'intérêt d'appliquer une loi nationale, à laquelle des parties n'ont certainement pas pensé au moment de la conclusion de leur accord ; que l'on peut en déduire que la considération des normes de la loi espagnole n'a pu influencer en quoi que ce soit la nature et le contenu de leurs obligations respectives". Zie tevens arbitrale uitspraak 9 december 1970 (Jur. Anv. 1970, 453) dat stelt dat de bedoeling van de partijen, slechts relevant, als het contractueel beding onduidelijk is, kon gereconstrueerd worden uit andere documenten.
- (3) Zie hierover het volgende hoofdstuk.
- (4) Zie GENTINETTA, Lex Fori, 70. Zie tevens Margonis Navigation Agency Ltd. v. Henry W. Peabody & Co., (1965) 2 Q.B. 430, 445-446 waarin de rechter erkende dat hij bij de interpretatie van "an experienced umpire, conversant with the trade and no doubt familiar with the engagements", zou aansluiten.
- (5) Bijv. in de Aramco-arbitrage (R.C.D.I.P. 1963, 307-318) kon slechts aan de hand van verscheidene rechtssystemen inhoud gegeven worden aan het begrip "concessie".
- (6) Bijv. I.K.K. nr. 1098 waarin de Franse rechtsleer geciteerd wordt om te staven dat, waar de overeenkomst een formele erkenning eiste, een stilzwijgende erkenning niet volstond.

§ 3. Eerste bron van recht ?

158. Voor de nationale rechter is de wet de eerste bron van recht. Als rechtsbron komt de overeenkomst hiërarchisch na de wet. Zij geldt slechts als norm omdat de wet dit toelaat. Het is de wet die de overeenkomst haar bindende kracht verleent.

Artikel 1134 van de Code Napoléon stelt :

"Les conventions, légalement formées, tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites".

Het Permanent Hof van Internationale Justitie verklaarde :

"Tout contrat qui n'est pas un contrat entre Etats en tant que sujets de droit international a son fondement dans une loi nationale" (1).

Het Franse Hof van Cassatie huldigde eenzelfde opvatting :

"Tout contrat international est nécessairement rattaché à une loi nationale" (2).

De arbiter daarentegen is niet, zoals de rechter, de hand van de rechtsorde waarvan de wet de ruggegraat is. Voor hem is het niet zo vanzelfsprekend dat contractuele bedingen slechts binden in de mate de wet dit toelaat. Integendeel, het is de overeenkomst - en niet de wet - die de bedoeling van zijn opdrachtgevers uitdrukt. In welke mate volgt hieruit dat de overeenkomst tussen partijen voor de arbiter de eerste bron van recht is ? Indien de overeenkomst eerste bron van recht is, moet de arbiter de contractuele bedingen, waarover de partijen akkoord gingen, steeds als norm aanwenden ; ook al beweert één der partijen dat de overeenkomst of de aan te wenden bedingen tegen de wet indruisen en derhalve nietig zijn. In de andere hypothese primeert de

(1) De zaak der Servische en Braziliaanse leningen, P.H.I.J. Series A nr. 20, 41 ; Clunet 1929, 977.

(2) Cass. 21 juni 1950, R.C.D.I.P. 1950, 609 met noot BATIFFOL ; Dall. 1951, J., 749 met noot HAMEL ; J.C.P. 1950.II.5812 met noot LEVY.

wet en moet de arbiter de overeenkomst en het contractueel beding, die in strijd zijn met de wet, nietig verklaren. Bij de arbitrage is deze problematiek verre van theoretisch. Soms opteren partijen juist voor een arbitrale beslechting om te vermijden dat een rechter bij een geschil zou vaststellen dat hun overeenkomst of één van haar bedingen, strijdig met de wet - en derhalve nietig - verklaard wordt. Zo kunnen overeenkomsten, die het Europees mededingingsrecht of het douanerecht schenden, die de wisselreglementering niet eerbiedigen of die strijdig zijn met de prijsreglementering een compromissoir beding bevatten. Uit de optie voor een arbitrale beslechting mag men weliswaar geen bedoeling van de partijen afleiden om de wet te omzeilen. Het is evenwel opvallend dat partijen zich tot arbiters wenden voor overeenkomsten, die geen kans maken bij de rechter.

Een kras voorbeeld van een overeenkomst, waar het wel duidelijk vaststaat dat de partijen de arbitrage kozen ter vermijding van de nietigheid, die volgens menige nationale wet hun overeenkomst bedreigde, was de kartelovereenkomst, welke van het begin der twintiger jaren tot bij het uitbreken van de tweede wereldoorlog de markt verdeelde tussen verscheidene gloeilampenfabrikanten. Daar deze overeenkomst in talrijke rechtssystemen nietig was, hadden de partijen bepaald dat elk geschil beoordeeld moest worden door arbiters die dienden te beslechten "in Ubereinstimmung mit der erkennbaren Absicht und dem Vertragswillen der Parteien". In meer dan honderd uitspraken hebben arbiters gevolg gegeven aan deze overeenkomst, die volgens talrijke rechtssystemen in rechte nietig was (1).

159. Art. VII van het Europees Verdrag inzake de internationale handelsarbitrage schrijft de arbiters uitdrukkelijk voor om rekening te houden met de bedingen der overeenkomst. Fouchard (2) en Kopelmanas (3) besluiten hieruit dat het Verdrag de overeenkomst tot eerste bron van recht verheft. De meeste auteurs volgen hen echter niet : alhoewel art. VII, lid 1 in fine de arbiters weliswaar aanmaant om rekening

(1) GENTINETTA, Lex Fori, 72-74 ; MEINHARDT, W., Das Schiedsgericht der Internationalen Glühlampenvereinigung, Int. Jhrb. Schw. II, 166-174.

(2) FOUCHARD, Arbitrage, nr. 588.

(3) KOPELMANAS, A.F.D.I. 1961, 339.

te houden met de contractuele bedingen, vangt art. VII, lid 1 aan met de vuistregel dat de arbiters de "wet" ("loi" ; "law") op het geschil moeten toepassen (1). Trouwens lijkt het enigszins onlogisch om met een tot wet geworden verdrag te bewijzen dat niet de wet, maar de overeenkomst, de eerste bron van recht zou zijn.

Enkel uit een rechtstheoretische benadering van de verhouding tussen de overeenkomst en de wet kan blijken welke van beide de eerste bron van recht is. Dit groeit evenwel uit tot de vraag of het individu ofwel of de staat de oorspronkelijke bron van recht is (2). Het antwoord hierop is, als onbewijsbaar postulaat, het vertrekpunt voor elke verdere juridische redenering.

160. Voor wie het individu als bron van recht beschouwt, is het recht een attribuut van de persoon om zich een eigen sfeer af te bakenen en zich aldus te beschermen tegen het onrechtvaardig optreden van anderen. Recht moet dan in de eerste plaats als subjectief recht begrepen worden (3). De huidige adepten van de subjectieve visie op het recht

-
- (1) BENJAMIN, Brit. YB. Int. L. 1961, 492. BULOW, AWD 1961, 145 ; KAISER, Das europäische Ubereinkommen, 148-149 ; MEZGER, 29 RabelsZ. (1965), 280. MAIER, Europäisches Ubereinkommen und UN-Ubereinkommen, 19 ; VON HOFFMANN (Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, 124-125) komt tot hetzelfde besluit alhoewel hij aantoonst dat men uit de voorbereidende werken van het Verdrag eveneens kan afleiden dat de overeenkomst, de wet en de gebruiken als rechtsnorm aanvankelijk even hoog aangeslagen werden. De oorspronkelijke tekst : "les arbitres appliqueront les règles contractuelles, les usages et la loi nationale" werd immers zonder kommentaar tot de huidige tekst gewijzigd en goedgekeurd.
- (2) PEYREFITTE, L. (Le problème du contrat dit "sans loi", Dall. 1965, Chr., 113-114) geeft een beknopte maar overzichtelijke inleiding tot deze problematiek.
- (3) Deze opvatting werd overtuigd beschreven door Laurent :
 "Les conventions ne sont soumises à d'autres lois qu'à celle que les parties se font à elles-mêmes ... En matière de conventions elles jouissent de la plus entière liberté tant qu'elles ne font que régler leurs intérêts privés ... Si la législation établit des règles sur les contrats, ce n'est pas pour les imposer aux parties contractantes ... Il n'entend pas les enchaîner, il ne fait que prévoir quelle est leur volonté ... Dans la matière des contrats, la volonté des parties est tout, ce sont elles qui font
 .../...

aanvaarden doorgaans dat deze mogelijkheid van het individu om rechten en plichten te scheppen toch beperkt wordt door de wet (1). Deze toegeving is noodzakelijk wanneer de overeenkomst door de rechter beslecht wordt. De rechter kan immers onmogelijk erkennen dat de wet, waarvan hij de naleving verzekert, het individu niet bindt. De arbiter moet daarentegen niet ambtshalve waken over de naleving der wetten.

.../...

loi, c'est donc leur volonté qui détermine la loi par laquelle elles seront régies" (LAURENT, F., Droit civil international, deel II, Brussel 1880, 381).

Ook heden wordt deze opvatting nog verdedigd.

"Für mich sind Wert und Würde der menschlichen Person und die damit verbundene personale Freiheit... von solchem in sich einsichtigem Rang, dass an der Verwurzelung des Rechts in der allerdings durch seine Natur gebundene Freiheit des Menschen nicht zu zweifeln ist. Der personale Mensch und nicht erst der durch solche Menschen handeln könnende Staat ist seinsmässig gesehen primärer Rechtsträger und damit Rechtserzeugungssubjekt" (KIPP, 5 Ber. D. Ges. VR. (1964), 158).

"In maatschapskringen wordt het recht gevormd door de contractanten zelf. Zij zijn de daartoe competente organen. De bindendheid van een contract rust op het beginsel "een man een man, een woord een woord" en de daaraan door het contract zelf gegeven positivering. Het contract ontleent zijn bindendheid dus niet aan de wet. Als de wet zegt : "Overeenkomsten strekken de partijen tot wet", dan is dit een konstatering ten overvloede, niet een delegatie van rechtsvormingsbevoegdheid. Het contract is als rechtsinstituut trouwens ouder dan de Staat. Uit de structuren van een maatschapskring enerzijds, van de Staat anderzijds volgt intussen dat de nakoming van een contract niet door eigenrichting afgedwongen mag worden, maar slechts door een beroep op de Staat ...". "De overeenkomst strekt de partijen tot wet" is derhalve eerder een bevel gericht tot de staatsorganen om bepalingen van het contract te effectueren als waren zij staatswetten" (VERHEUL, J.P., Rechtsvinding in het internationaal privaatrecht, Preadvies Calvinistische Juristenvereniging, 1973, 27).

- (1) Zie BATIFFOL, H., Aspects philosophiques du droit international privé, Parijs 1956, 72 ; BATIFFOL, H., La Crise du contrat et sa portée, XIII Archives de Philosophie du Droit (1968), 13-30. BOCK-STIEGEL, Der Staat, 104 ; BORCHERS, Verträge von Staaten mit ausländische Privatpersonen, 17-18, RENGELING, Privatvölkerrechtliche Verträge, 65-66.

Bijgevolg zou bij arbitrage wel de onbeperkte mogelijkheid van het individu om zijn rechten en plichten te scheppen erkend kunnen worden.

161. Anderzijds kan men de staat als bron van alle recht beschouwen. Het recht, waaraan men denkt, is dan uiteraard in de eerste plaats het wettenrecht. Mann vat het Credo van deze denkrichting als volgt samen :

"No one has ever or anywhere been able to point to any provision or legal principle which would permit individuals to act outside the confines of a system of municipal law : even the idea of the autonomy of the parties exists only by virtue of a given system of municipal law and in different systems may have different characteristics and effects ... No private person has the right or the power to act on any other level than that of municipal law" (1).

Of zoals Jennings het bondig verwoordt :

"Human will can only create a contractual relationship if the applicable system of law has first recognized its power to do so" (2).

Partijen zouden slechts vrij zijn om in hun overeenkomst hun eigen belangen na te streven in de mate het algemeen belang - de waarden van de gemeenschap die in de wet vervat liggen - niet in het gedrang komen (3).

162. Jennings' woorden slaan evenwel een brug tussen rechtsfilosofie en alledaags pragmatisme. Filosofisch is het moeilijk om in te zien hoe de loutere wil van de partijen een juridische plicht in het leven kan roepen. Om praktische redenen kan de overeenkomst in geen geval

(1) MANN, International Arbitration Domke, 160. Zie tevens MCNAIR, Brit. YB. Int. L. 1957, 7.

(2) JENNINGS, Rules governing contracts between States and foreign nationals, 139.

(3) Zie BATIFFOL, H., Contracts et Conventions, Répertoire de Droit International Dalloz, Parijs 1968, nr. 29 ; VON HOFFMANN, Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, 69-71.

eerste bron van recht zijn. Wanneer de contractuele rechten en plichten slechts zouden voortvloeien uit de partijwil, beduidt dit dat contractuele verplichtingen wegsmelten zodra de wil zich te verplichten niet meer aanwezig is. De bindende kracht van de overeenkomst en de contractuele rechtzekerheid vereisen dus dat de wilsovereenstemming tussen partijen slechts een - voor de overeenkomst noodzakelijk - rechtsfeit is ; maar dat de bestaande normen aan deze wilsovereenstemming rechten en plichten vastknopen (1). Derhalve bepaalt de rechtsorde, en niet de partijwil, in welke mate een akkoord bindend is. Wanneer een partij inroept dat er geen geldige overeenkomst gesloten werd omdat het akkoord fictief, wetsonthuikend of strijdig met de openbare orde was ofwel omdat zij onbevoegd was of bedrogen werd, kan de arbiter deze vraag bijv. niet oplossen door na te gaan of de contractuele consensus aanwezig was, maar moet hij aan de hand van buiten-contractuele normen onderzoeken of deze consensus wel geldig was (2).

163. Nagenoeg de hele rechtsleer aanvaardt dat de overeenkomst slechts geldt omdat buitencontractuele rechtsnormen dit toelaten (3). Ook uit

-
- (1) Zie bijv. BATIFFOL, H., Subjectivisme et Objectivisme, Mélanges Maury, deel I, Parijs 1960, 39 ; BORCHERS, Verträge von Staaten mit ausländischen Privatpersonen, 172-173 ; VON HOFFMANN, Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, 69 ; RADBRUCH, G., Rechtsphilosophie, 6de druk, Stuttgart 1963, 244 ; REIMANN, Zur Lehre vom "rechtsordnungslosen" Vertrag, 33-36.
- (2) Bijv. bevoegdheid om de overeenkomst te tekenen : Soyuznefteexport t. Moroni en Keller, C.A.C. nr. 75 en nr. 76. Overeenkomst was fictief en wetsonthuikend : I.K.K. uitspraak nr. 2148. Overeenkomst of beding schond openbare orde : Beroep Parijs 8 maart 1960, J.C.P. 1962.II.12477 ; Rev. Arb. 1960, 129 en Beroep Parijs 9 januari 1962, Rev. Arb. 1962, 12 met noot ; J.C.P. 1962.II.12478. Bedrog bij sluiten van de overeenkomst : arbitrale uitspraak 8 oktober 1946, Jur. Liège 1946-47, 91 ; I.K.K.-uitspraak nr. 1404.
- (3) Zie bijv. BATIFFOL, H., La "crise du contrat" et sa portée, XIII Archives de philosophie du droit (1968), 13-30, 26-29. BORCHERS, Verträge von Staaten mit ausländischen Privatpersonen, 173 ; LANGEN, Transnational Commercial Law, 10 ; LOUSSOUARN, Y en BREDIN, J.D., Droit du Commerce International, Parijs 1969, nr. 520 ; LALIVE, 13 I.C.L.Q. (1964), 997 ; LANDO, O., Standard Contracts : a proposal and a perspective, 10 Scandinavian Studies in Law, 144 ; MASPETIOL, R., Le dépassement de l'Etat par la société civile internationale, XVII Archives de philosophie du droit (1972), 319-335, 333. SUY, De contracten tussen ontwikkelingslanden en vreemde investeerders,

.../...

enkele arbitrale uitspraken, die de geldigheid en de bindende kracht van de overeenkomst beoordelen, blijkt deze waarheid. De arbitrale uitspraak, gevelde over de olieconcessie van Saeedi-Arabië aan Aramco, bevestigde waarom de overeenkomst onder het primaat van andere rechtsnormen staat :

De overeenkomst "est nécessairement fondée sur un droit positif donnant des effets juridiques aux manifestations réciproques et concordantes de la volonté des co-contractants. Sans un droit qui préside à sa création, la convention n'est pas même concevable. La volonté ne peut engendrer un rapport conventionnel que si le droit dont elle relève lui en donne préalablement le pouvoir" (1).

164. Voorstanders van een zelfgenoegzame overeenkomst (2) pogen weliswaar te vermijden dat de overeenkomst moet steunen op andere rechtsnormen : uit de noden van de handel zou volgen dat de overeenkomst bindt (3). Een norm kan evenwel niet groeien uit een feit of een noodzaak. Zelfs de meest overtuigde verdedigers van de zelfgenoegzame overeenkomst geven trouwens toe dat geen overeenkomst het zonder fundering in andere rechtsnormen stellen kan (4).

.../...

1005 ; VON HOFFMANN, Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, 69-73 ; ZWEIGERT, 5 Ber. D. Ges. VR. (1964), 199.

(1) R.C.D.I.P. 1963, 312.

(2) Zie nr. 156.

(3) PEYREFITTE, L., art. cit., 120 : "Les données économiques propres au commerce international ... lui conservent tout de même un support objectif. Elle pourrait dès lors constituer le fondement juridique de l'accord de volonté". Zie evenwel 114-115 waar Peyrefitte de klassieke opvatting verdedigt.

(4) Zie bijv. naast SCHMITTHOFF (infra) KALENSKY, P., Le contrat international, in Renaissance du Phénomène contractuel, Luik 1971, 407-441, 414-415. SCHLESINGER-GUNDISCH, 28 RabelsZ. (1964), 32 noot 72 ; TALLON, The law applied by Arbitration Tribunals, 157. Aanvankelijk (Unification of the law of international trade, 21-22) stelde Schmitthoff bijv. dat de partij-vrijheid de juridische grond van de zelfgenoegzame overeenkomst was. De partijen konden hun overeenkomst slechts buiten de invloed van de rechtsorde plaatsen in de mate dat zij hierdoor het dwingend recht niet schonden van de rechtsorde die normalerwijze geroepen was om de overeenkomst te regeren. In deze optiek was een zelfgenoegzame overeenkomst tenslotte niets anders dan een overeenkomst, die zo volledig was, dat geen aanvullend recht toegepast moest worden. Dergelijke overeen-

.../...

165. Auteurs, waarvan Verdross als vlaggeman doorgaat, aanvaarden weliswaar in principe dat de overeenkomst niet de enige bron van recht kan zijn, maar zij maken op deze regel een uitzondering voor bepaalde overeenkomsten, gesloten tussen een staat of een met deze staat verbonden onderneming ("staat-partij") enerzijds en een buitenlandse investeerder anderzijds. Zoals de volkenrechtelijke verdragen door de wil der verdragspartijen zouden gelden, zouden deze "quasi-volkenrechtelijke" overeenkomsten bindend zijn door de wil der partijen (en niet krachtens een nationaal recht) (1). Een "quasi-volkenrechte-

.../...

komst is misschien een merkwaardig voorbeeld van een gedetailleerde overeenkomst; zij is echter geen specifieke rechtsfiguur waaraan eigen rechtsgevolgen moeten gehecht worden.

In latere geschriften (28 RabelsZ. (1964), 69; 17 I.C.L.Q. (1968), 564-565) stelt Schmitthoff de optie voor een zelfgenoegzame overeenkomst gelijk met de keuze van een buitenlandse "lex contractus". Een rechtssysteem dat toelaat dat partijen hun overeenkomst door een buitenlands recht laten beheersen, zou ook moeten gedogen dat partijen hun contractuele verplichtingen dermate detailleren dat er geen plaats meer zou zijn voor de aanwending van een nationale rechtsnorm. In deze optiek begrenst slechts de internationale openbare orde de mogelijkheid der partijen om een zelfgenoegzame overeenkomst af te sluiten. De partij-vrijheid, die met betrekking tot een inlandse overeenkomst bestaat, wordt in deze opvatting vervangen door de ruimere partij-autonomie van het internationaal privaatrecht, waardoor partijen de transnationale overeenkomst aan een buitenlands recht onderwerpen zodat de dwingende bepalingen van het inlandse recht niet gelden.

Deze nieuwe opvatting van Schmitthoff staat echter voor kritiek bloot. De internationale openbare orde beschermt de partij niet ten volle tegen dwaling, bedrog en al wat de binding van de overeenkomst in de weg staat (Zie REIMANN, Zur Lehre vom "rechtsordnungslosen" Vertrag, 96-97). De dwingende rechtsbepalingen van de gekozen "lex contractus" vervullen deze rol. Het is tevens ondenkbaar dat het internationaal privaatrecht van een rechtsorde partijen toestaat om een overeenkomst, die normalerwijze aan het dwingend recht van een "lex contractus" onderworpen is, aan elke dwingende wetsbepaling te onttrekken (Zie VON HOFFMANN, Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, 71; REIMANN, Zur Lehre vom "rechtsordnungslosen" Vertrag, 50-51. RG. 28 mei 1936, J.W. 1936, 2059).

- (1) VERDROSS, 18 ZaöRV (1957), 635; VERDROSS, Protection of Private Property under Quasi-International Agreements, 355; 6 Z.f. Rvgl. (1965), 129. Zie tevens: BOURQUIN, Protection of private foreign investments, 103; DAHM, G., Völkerrecht, deel 3, Stuttgart 1961, 14-16; KIPP, 5 Ber. D. Ges. VR. (1964), 133-193; RAY, Protection

.../...

lijke" overeenkomst zou bijgevolg eerste bron van recht zijn.

Zoals de arbiters in de Sapphire-uitspraak stelden :

"The present contract ... has therefore a quasi-international character which releases it from the sovereignty of particular legal systems" (1).

Op het eerste gezicht lijkt de theorie der "quasi-volkenrechtelijke" overeenkomst nutteloos verwarrend. Men kan haar enkel appreciëren omwille van de bedoeling die achter haar bestaan steekt. Zij is slechts bedoeld voor zgn. overeenkomsten van economische ontwikkeling, waardoor een buitenlandse onderneming voor een langere tijd kapitalen in een staat investeert (2). Om de buitenlandse investeerder te lokken kent deze staat belangrijke voordelen toe in de overeenkomst : gedeeltelijke of gehele vrijstelling van invoerrechten voor de onderdelen van de op te richten installatie ; verminderde belastbaarheid van de ondernemingswinst ; belastingsvoordelen voor de buitenlandse werknemers, enz. (3). Door de overeenkomst zijn staat en buitenlandse investeerder voor meerdere jaren met elkaar scheidsgescheiden. Het zou evenwel voor de staat een koud kunstje zijn om, nadat de investering geschiedde, een wet uit te vaardigen of een administratieve regeling te treffen waardoor deze investeringsvoordelen afgeschaft of hun toekenning omzeild wordt. Formeel heeft de staat hierdoor geen contractbreuk gepleegd, vermits hij bij de uitvoering van de overeenkomst de wet eerbiedigde die de uitvoering der overeenkomst beheerst. Naar

.../...

of foreign private investments, 465-466. Zie het synthetisch overzicht van RENGELING, Privatvölkerrechtliche Verträge, 155-163. De benaming "quasi-volkenrechtelijke" overeenkomst werd reeds aangewend door BLUNTSCHLI, J., (Das moderne Völkerrecht der civilisierten Staaten, Nördlingen 1868, 249) en BORCHARD, E., (The diplomatic protection of citizens abroad or the law of international claims, New York 1915, 305).

- (1) 13 I.C.L.Q. (1964), 1013.
- (2) MCNAIR, Brit. YB. Int. L. 1957, 1-3 en NWOGUGU, Foreign Investment in developing countries, 167 bespreken het begrip "economic development agreement" ten gronde.
- (3) Zie bijv. de overeenkomsten die opgenomen werden in OPEC.

billijkheid zou de staat zich echter niet mogen verschuilen achter een rechtsnorm, die hij enkel in het leven riep om aan de uitvoering van de overeenkomst te kunnen ontsnappen. De theorie der "quasi-volkenrechtelijke" overeenkomst wil hierbij helpen. De bedingen van de "quasi-volkenrechtelijke" overeenkomst zouden immers de inhoud van een "individueel autonoom verbintenissenrecht" worden (1). Latere wetswijzigingen en administratieve regelingen zouden de partijen aldus slechts kunnen raken in de mate ze niet indruisen tegen een beding der overeenkomst, de hoogste wet der partijen.

Een "quasi-volkenrechtelijke" overeenkomst is evenwel slechts mogelijk wanneer de staat en buitenlandse onderneming als elkaars gelijken tot de overeenkomst toetreden. Bovendien is het vereist dat de hoogste instantie van de staat de overeenkomst sloot met dezelfde omslachtigheid als ware het een volkenrechtelijk verdrag (2). Bij de eerste aanblik lijken door deze laatste vereiste slechts uiterst weinig overeenkomsten voor het "quasi-volkenrechtelijk" statuut in aanmerking te komen. In feite worden vele overeenkomsten van economische ontwikkeling niet enkel door de staat op regeringsniveau afgesloten, maar worden zij tevens door de wetgever bekrachtigd en in zijn staatsblad gepubliceerd (3).

Zoals de zelfgenoegzame overeenkomst is de "quasi-volkenrechtelijke" overeenkomst slechts denkbaar wanneer niet de rechter, maar de arbiter de overeenkomst moet beoordelen : enkel door de arbitrale beslechting zal het de partijen lukken de overeenkomst buiten de sfeer van het nationale recht te houden (4). De arbitrage van een "quasi-volkenrechtelijke"

(1) KIPP, 5 Ber. D. Ges. VR (1964), 133.

(2) KIPP, 5 Ber. D. Ges. VR. (1964), 133-138 ; VERDROSS, 18 ZaöRV (1957), 639.

(3) Bijv. de concessie-overeenkomst tussen de Iraq National Oil Company en de Franse Etablissement public de l'Etat français ERAP, werd door Irak getekend en geratificeerd en tenslotte in de Iraqui Official Gazette van 4 februari 1968 gepubliceerd.

(4) VERDROSS, 18 ZaöRV (1957), 641-642. Het lijkt evenwel belangrijk te benadrukken dat de "quasi-volkenrechtelijk" overeenkomst geen zelfgenoegzame overeenkomst wil zijn : het volkenrecht, algemene rechtsbeginselen of zelfs een nationaal rechtssysteem moeten de bedingen der overeenkomst aanvullen (VERDROSS, 18 ZaöRV (1957), 641; KIPP, 5 Ber. D. Ges. VR. (1964), 173). "Alle diese Rechtsordnungen finden aber nur insoweit
.../...

lijke" overeenkomst zou daarenboven enkel doeltreffend kunnen zijn wanneer de arbitrage plaats heeft buiten het grondgebied van de staat, waarin geïnvesteerd werd. Slechts in dat geval kan de arbitrale beslechting buiten de rechtsmacht van deze staat plaatsgrijpen. Zo niet kan deze staat door wijziging van zijn arbitragewet elke nadelige arbitrage-uitspraak ontkrachten (1).

De theorie van de "quasi-volkenrechtelijke" overeenkomst is voor gegronde kritiek vatbaar. De meeste auteurs aanvaarden haar trouwens niet (2). Men kan zich o.a. afvragen of de bescherming van de onderneming, die met een staat kontrakteert, enkel beperkt moet blijven tot langlopende overeenkomsten tot economische ontwikkeling; ook bij kortlopende verkoopovereenkomsten kan een staat misbruik maken van zijn wetgevende bevoegdheid.

Een Roemeense handelsorganisatie, Prodexport, verkocht op 4 maart 1970 10.000 ton suiker aan de Engelse firma Man, te leveren in september of oktober 1970. De algemene voorwaarden en het arbitragereglement van de Sugar Association of London maakten deel uit van de overeenkomst. In de lente van 1970 heerste er evenwel een watersnood in Roemenië, zodat de oogst suikerbieten aanzienlijk beneden het verwachte peil bleef. Wegens deze omstandigheden bleek Man bereid ook nog in november de lading te ontvangen. De Roemeense firma poogde Man ervan

.../...

Anwendung als sie von der lex contractus delegiert werden, da diese die gegenseitigen Rechten und Pflichten der Parteien soeverän festlegt" (VERDROSS, ibidem). De zelfgenoegzame overeenkomst wil in de eerste plaats de aanvulling vanwege het recht vermijden, maar erkent dat zij op recht berust. De "quasi-volkenrechtelijke" overeenkomst daarentegen wil aanvankelijk zonder het recht gelden, maar heeft er geen bezwaar tegen door dit recht aangevuld te worden.

- (1) Bijv. Socobel t. Griekenland, zie Beroep Luik 7 april 1936, Pas. 1937, II, 36; Jur. Liège 1937, 25.
- (2) Zie bijv. BATIFOL, R.C.D.I.P. 1964, 655; JENNINGS, Rules governing contracts between States and foreign nationals, 123-144; LALIVE, 13 I.C.L.Q. (1964), 997; LALIVE, Ann. S. Dr. Intern. 1962, 295; MANN, Brit. Yb. Int. L. 1959, 34; MCNAIR, Brit. Yb. Int. L. 1957, 7; RENGELING, Privatrechtliche Verträge, 166-170; VEDEL, Rev. Arb. 1961, 128-130; SUY, De contracten tussen ontwikkelingslanden en vreemde investeerders, 1005; WEIL, 128 RdC (1969, III), 182-183; WENGLER, R.G.D.I.P. 1972, 345, ZWEIGERT, 5 Ber. D. Ges. VR. (1964), 199.

te overtuigen om tevreden te zijn met een levering in de herfst van 1971. Dit mislukte echter. De Roemeense onderneming stuurde vervolgens de betekenisvolle telex : "Thanks for your comprehension. We shall do our best in order to surpass these difficulties. Please appreciate that instead to arise act of government for force majeure and cancelling the contract - what should more easy for us-we are trying to find a friendly and reasonable settlement". Niettemin verbood de Roemeense regering op 6 november elke uitvoer van suiker die nog niet betaald was. Man eiste voor de arbiters van de Sugar Association schadevergoeding voor de wanprestatie van Prodexport. Voor Man was het duidelijk dat de Roemeense overheid het uitvoerverbod had uitgevaardigd om Prodexport toe te laten de contractuele aansprakelijkheid wegens wanprestatie te ontwijken (1).

Echter, ook al zou de "quasi-volkenrechtelijke" overeenkomst bestaan, in elk geval zal zij aan andere rechtsnormen ondergeschikt zijn. Zoals hoger aangetoond kan de wilsverklaring der partijen niet blijvend binden. Een norm is hiertoe nodig. In Verdross' eerste artikel maakte de norm "pacta sunt servanda", die slechts door overmacht terzijde gesteld wordt, de wilstoestemming bindend (2). Het was vooral deze gedachte die door de rechtsleer besproken werd (3). Daar het principe "pacta sunt servanda" evenwel te vaag en te weinig verfijnd bleek, breidde Verdross de normen, die de geldigheid van een "quasi-volkenrechtelijke" overeenkomst moeten bepalen, uit tot de algemene rechtsbeginselen (4). Hierdoor wordt evenwel bevestigd dat ook de "quasi-volkenrechtelijke" overeenkomst ondergeschikt is aan andere rechtsnormen. Zij is derhalve geen eerste bron van recht (5).

-
- (1) Prodexport v. E.D. & F. Man Ltd., (1972) 2 Lloyd's Rep. 375. Zie tevens Jordan Investments Ltd. t. Sojuznefteexport, C.A.C., nr. 64, (verbod van uitvoer wegens Suez-oorlog). I.K.K.-uitspraak tussen Kohorn en Dynamit Nobel n.a.v. uitvoerverbod wegens Koreaanse oorlog (Rb. Seine 17 oktober 1956, Rev. Arb. 1956, 142 ; J.C.P. 1956. II.9647 met noot MOTULSKY).
 - (2) VERDROSS, 18 Za8RV (1957), 645. Zie tevens DAHM, G., o.c., 15.
 - (3) Zie bijv. BORCHERS, Verträge von Staaten mit ausländischen Privatpersonen, 165 ; KIPP, 5 Ber. D. Ges. VR. (1964), 154 e.v. ; MANN, Brit. YB. Int. L. 1959, 34 e.v.
 - (4) VERDROSS, 6 Z.f. Rvgl. (1965), 129 e.v.. Idem KIPP, 5 Ber. D. Ges. VR. (1964), 161-162, 166-167 ; BOURQUIN, Protection of private foreign Investments, 110e.v..
 - (5) RENGELING, Privatvölkerrechtliche Verträge, 209.

166. Is een handelsovereenkomst, waarbij staten partij zijn, geen eerste bron van recht ? De staten scheppen immers als wetgever zelf normen. Waarom zou hun wil dan niet voldoende zijn om de handels-overeenkomst, waarbij zij partij zijn, bindend te maken ?

Het is betwist of een handelsovereenkomst, gesloten tussen twee staten, privaatrechtelijk of volkenrechtelijk is.

Een passage uit de arbitrale uitspraak in het geschil over afgeleide scheepsladingen tussen Groot-Britannië en Griekenland lijkt a contrario te bevestigen dat een dergelijke handelsovereenkomst privaatrechtelijk is want aan een nationaal recht onderworpen.

De onenigheid betrof een overeenkomst uit 1942 waardoor Groot-Britannië zich tegenover Griekenland verplichtte om schadevergoeding te betalen voor de scheepsladingen, vanuit de Verenigde Staten voor Griekenland bestemd, maar - wegens de Duitse bezetting aldaar - door Groot-Britannië afgeleid naar het Nabije Oosten. De arbiter stelde :

"Considérant que l'Accord du 11 février 1942 est un accord international d'ordre financier intervenu entre deux Etats en tant que sujets du droit international et se rapporte directement aux conséquences d'une guerre menée en commun par eux contre une tierce puissance ; qu'à ce titre il est incontestablement régi par le droit international, en non par le droit interne de l'un quelconque des Etats en cause... ; qu'ainsi le litige ... doit être tranché sur le base du droit international" (1).

Deze uitspraak beschouwt overeenkomsten tussen staten ter uitvoering van hun volkenrechtelijke taak of afgesloten in omstandigheden, waarin enkel staten zich kunnen bevinden, als volkenrechtelijke verdragen. De andere overeenkomsten - ook tussen volkenrechtelijke personen gesloten - zouden, zo kan men afleiden, gewone privaatrechtelijke overeenkomsten zijn.

Ook Reuter is het hiermee eens (2). Als privaatrechtelijke overeenkomst is het akkoord tussen volkenrechtelijke personen niet de eerste

(1) Arbitrale uitspraak 10 juni 1955, R.C.D.I.P. 1956, 278 met noot BATIFFOL, 285-286 ; Rev. Arb. 1956, 15 ; R.S.A. deel XII, 65.

(2) Zie bijv. REUTER, P., Introduction au droit des traités, Parijs 1972, 45.

rechtsbron, maar is het aan een nationaal recht onderworpen.

Aselmann meent daarentegen dat elke overeenkomst tussen staten - ook deze die louter een handelskarakter bezitten - door het volkenrecht beheerst worden (1) ; voor O'Connell zou dit doorgaans het geval zijn (2). Volgens het huidige volkenrecht put ook het verdrag zijn bindende kracht uit normen, die niet uit het verdrag zelf gehaald kunnen worden, maar die tot het algemeen volkenrecht behoren (3). Normen, die het afsluiten, de toepassing, de interpretatie, de wijziging, de nietigheid, de uitdoving en de schorsing van een verdrag tussen staten betreffen, werden trouwens gecodificeerd en geformuleerd in het Verdrag van Wenen van 23 mei 1969. Zelfs al zou een handelsovereenkomst tussen staten een volkenrechtelijk verdrag zijn, dan nog is zij niet de eerste bron van recht, maar geldt zij krachtens algemene volkenrechtelijke normen.

Ook handelsovereenkomsten tussen een staat of tussen een internationale organisatie en een buitenlandse onderneming zijn niet de eerste bron van recht. Het is minstens betwistbaar of dergelijke overeenkomst niet aan een nationaal recht onderworpen is (4). Het Verdrag van Wenen geldt enkel voor overeenkomsten tussen staten ; het is niet van toepassing op overeenkomsten tussen een staat of internationale organisatie en een private persoon. Zelfs als men het volkenrechtelijk karakter van deze overeenkomsten aanvaardt, zijn zij geen eerste bron van recht. In dat geval blijven zij aan de algemene normen van het volkenrecht, zoals "pacta sunt ser-

-
- (1) ASELMANN, Anwendbarkeit innerstaatlichen Rechts auf zwischenstaatliche Verträge, 246-247.
 - (2) O'CONNELL, D.P., International Law, Londen 1965, 1057-1058.
 - (3) BORCHERS, Verträge von Staaten mit ausländischen Privatpersonen, 172-173 ; BERBER, F., Lehrbuch des Völkerrechts, München 1960, deel I, 452-466 ; MANN, Brit. YB. Int. L. 1959, 49 ; NAWAISKY, H., Allgemeine Staatslehre, deel III, Zürich 1958, 36 ; VERDROSS, A., Völkerrecht, Wenen 1964, 175-182.
 - (4) VALTICOS, Les contrats conclus par les organisations internationales avec des personnes privées, Ann. I.D.I. 1977, nr. 73 stelt vast dat overeenkomsten tussen een privaatspersoon en een internationale organisatie onderworpen zijn aan de algemene rechtsbeginselen of aan een nationaal recht.
Voor WENGLER (R.G.D.I.P. 1972, 313-345) zijn overeenkomsten tussen een staat en een buitenlandse onderneming aan een nationaal recht onderworpen.

.../...

vanda", onderworpen (1).

§ 4. Contractuele bedingen en de arbitrage naar billijkheid

167. Kunnen de arbiters de contractuele bedingen in naam der billijkheid als norm terzijde schuiven ?

In deze termen gesteld, dient de vraag negatief beantwoord. De bedingen der overeenkomst bepalen de rechten en verplichtingen der partijen. Zij zijn de normen die de partijen zichzelf gesteld hebben ; de lichtbakens waarnaar de partijen zich richten bij het uitvoeren van de overeenkomst. Een billijke beslechting van een contractueel geschil vergt dat de arbiter rekening houdt met de normen die de partijen voor hun contract hebben uitgestippeld. Indien arbitrage naar billijkheid zou beduiden dat de arbiters geen rekening moeten houden met de contractuele bedingen zou het compromissoir beding alle andere contractuele bedingen ontkrachten ; kortom, de hele overeenkomst zinloos maken. Aldus zouden de contractpartners door het compromissoir beding de tak doorzagen waarop zij samen zitten. Dit kan men niet aannemen. Arbiters kunnen bijgevolg in naam der billijkheid niets beslissen in strijd met de contractuele normen, die de partijen zich hebben gesteld (2).

168. In principe primeren de contractuele bedingen. Het feit dat de overeenkomst nadelig blijkt voor één der partijen, verandert hier niets aan. De billijkheid laat niet toe de contractuele band om de haverklap

.../...

Auteurs, zoals BOCKSTIEGEL (Der Staat, 305-308 : "beschränkt volkerrechtliche Verträge"), FISCHER (Konzession, 428-430) en RENGELING (Privatvolkerrechtliche Verträge, 23-24) aanvaarden daarentegen dat een handelsovereenkomst tussen een staat en een buitenlandse onderneming aan het volkenrecht onderworpen kan zijn.

- (1) BOCKSTIEGEL, Der Staat, 177-312 ; RENGELING, Privatvölkerrechtliche Verträge, 212, 217-222.
- (2) In Tennison & Co. t. Exportles oordeelden de arbiters van de Sovjet Arbitrage-commissie tegen de contractuele bedingen in (C.A.C. nr. 58). Alhoewel de arbiters erkenden dat Tennison luidens het contract geen recht op schadevergoeding had, kenden zij haar deze toch toe voor het bedrag dat door Exportles - voor elke arbitrage -

.../...

te wijzigen om een economisch evenwicht tussen de prestaties te verkrijgen of te behouden.

De contractuele bedingen zijn evenwel geen absolute normen die de partijen in elke omstandigheid blijven binden. De overeenkomst dient met goede trouw uitgevoerd (1). Dit wordt trouwens in menige transnationale overeenkomst uitdrukkelijk vooropgesteld (2). De contractuele rechten en verplichtingen worden door de vereiste van goede trouw beperkt of uitgebreid tot wat billijk blijft. De juiste draagwijdte van dit principe wordt hierna toegelicht.

Elke dwaling van één der partijen is geen voldoende reden om de overeenkomst op te heffen (3). Een prestatie, die voor één der partijen

.../...

was voorgesteld als minnelijke regeling. Deze uitspraak wordt evenwel door de rechtsleer bekritiseerd (zie WAHLER, Schiedsgerichtsbarkeit in der UdSSR, 106-107).

- (1) Zo blijkt bijv. uit art. 1134 van het Frans en Belg. B.W.
"Les conventions doivent être exécutées de bonne foi".
§ 242 van het Duitse BGB stelt :
"Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern".
Ook resolutie nr. 1803 van de Algemene Vergadering der V.N. mbt. de Permanente Soevereiniteit over de natuurlijke rijkdommen bepaalt dat de Staten de investeringsovereenkomsten ter goeder trouw moeten nakomen, (art. 8) (57 A.J.I.L. (1963), 710).
- (2) "Good will and good faith" : Lena Goldfields Ltd. en Sovjet-Unie, 18 augustus 1925, art. 89 (36 Corn. L. Q. (1950), 31) ; Koeweit en Kuwait National Petroleum Co. enerzijds en Hispanoil anderzijds (1968), art. 32 (OPEC 1968, 155) ; "mutual good will and good faith" : Anglo-Iranian Oil Co. Ltd. en Iran, (1923), art. 21 (I.C.J. Pleadings Oral Arguments, Documents Anglo-Iranian Oil Case, 79) ; "on the basis of good faith and pure belief" : Petroleum Development (Qatar) Ltd. en de Sjeik van Qatar (1935), (18 I.L.R. 161) ; "in a spirit of good intention and integrity" : Petroleum Development (Trucial Coast) Ltd. en de Sjeik van Abu Dhabi (1939), art. 17 (1 I.C.L.Q. (1952), 251).
- (3) "Attendu que le commerce, surtout le commerce international, a un si grand intérêt à ce que l'exécution d'une convention soit strictement conforme aux clauses du contrat intervenu qu'il ne peut y être dérogé et que Messieurs X ne peuvent se soustraire aux conséquences de leur erreur, malgré leur bonne foi". (Antwerpse Arbitrage- en Verzoeningskamer voor Granen en Zaden, uitspraak nr. 42345 mbt. verweerder die door een fout in het telegram meende dat de laadbrieven van 18, i.p.v. 19 juni gedateerd was).

financieel of praktisch iets moeilijker om uit te voeren werd dan voorzien, blijft naar billijkheid niettemin verschuldigd (1). Arbiters kunnen evenwel oordelen dat partijen van elke verdere contractuele prestatie ontslagen zijn omdat een onvoorzienbaar feit, dat de uitvoering onmogelijk maakt, ingetreden is (2). Deze oplossing,

- (1) "Attendu que le défendeur est resté en défaut de livrer la marchandise qu'il avait vendu et qu'il invoque pour se justifier l'hiver intense et les inondations qui ont sévi en Turquie ; ces sinistres auraient endommagé les marchandises chez ses fournisseurs et fait hausser les prix à un niveau que le défendeur déclare ne pas avoir été en mesure de payer ;
Attendu cependant qu'on ne peut considérer comme possédant le caractère de force majeure que les événements qui rendent l'exécution du contrat absolument impossible, ce qui ne fut pas le cas en l'occurrence" (Antwerpse Arbitrage- en Verzoeningskamer, uitspraak nr. 42322).

"Considérant que si même des conditions ont été posées par le gouvernement syrien pour pouvoir exporter la marchandise, la difficulté accrue qui en résultait pour les défendeurs ne constituait pas un obstacle absolu à l'exécution de leur contrat" (Antwerpse Arbitrage- en Verzoeningskamer, uitspraak nr. 42488).

Immers

"En effet, on ne peut invoquer la force majeure, que lorsqu'elle met un obstacle absolu à l'exécution du contrat, ce qui n'était pas le cas en l'occurrence" (Antwerpse Arbitrage- en Verzoeningskamer, uitspraak nr. 42394).

- (2) Zie bijv.

- mbt. uitbreken van oorlog : I.K.K. nr. 1703 (Clunet 1974, 894) ; Sovjet Arbitrage-commissie : Van der Heyden t. Exportles, C.A.C. nr. 14 ; Stankoimport t. Swisstool, C.A.C. nr. 29 ; evenwel I.K.K. nr. 1512 (Clunet 1974, 905).
- mbt. natuurramp : Sovjet Arbitrage-commissie: Metallimex t. Rudmetall, C.A.C. nr. 54 ; Export - Import Ceramics t. Exportal, C.A.C. nr. 63.
- ontbreken van in- of uitvoervergunning : Sovjet Arbitrage-commissie : Jordan Investments t. Soyuznefteexport : C.A.C. nr. 64 ; Poolse Arbitrage-commissie : Poolse t. Oost-Duitse onderneming, geciteerd in GRZYBOWSKI, K., in East-West Business Transactions New York, 1974, 256. Contra evenwel : Man t. Prodexport, (1972) 2 Lloyd's Rep. 375 ; Hamburgse arbitrage-uitspraken HSG E 4 b 6 ; E 4 b 7.
- opeising door bezetter : Sovjet Arbitrage-commissie: German Machine Trading Ass. t. Tekhnopromimport, C.A.C. nr. 41.
- overheidsverbod : I.K.K. nrs. 2079 en 2321.
- nationalisatie (afgewezen) : I.K.K. nr. 2142 (Clunet, 1974, 892).
- prijsstijging (afgewezen) : I.K.K. nr. 2216.

Tevens BRATOUS, S.N., Force Majeure en tant que motif de dégagement de la responsabilité dans les contrats du commerce extérieur, Arbitrage commercial, Essais in memoriam E. Minoli, Turijn 1974, 57-67.

ongetwijfeld door billijkheid ingegeven, is in verscheidene rechtssystemen bekend als de theorie van overmacht (force majeure - act of God).

De vereiste, dat partijen de overeenkomst in goede trouw moeten uitvoeren, kan er daarentegen ook een enkele maal toe leiden dat de overeenkomst bindend blijft alhoewel zij naar de letter verbroken zou moeten worden (1).

De billijkheid "contra legem" laat de arbiter toe om de termen van de overeenkomst te wijzigen, indien dit de beslechting tot de juiste oplossing zou brengen (2).

De rechter heeft doorgaans enkel de keuze tussen een uitvoering in natura of de verbreking der overeenkomst gekoppeld aan schadevergoeding. Voor beide partijen kan het evenwel soms wenselijker zijn om de overeenkomst in een gewijzigde vorm na te leven dan om het contract verbroken te weten. De arbiter naar billijkheid, die met deze belangen van de partijen rekening moet houden, moet overwegen of hij een beding der overeenkomst zou wijzigen. Het gevaar bestaat evenwel dat de arbiter, door een contractuele term te wijzigen, de partijen een nieuwe overeen-

-
- (1) Een Duitse onderneming kocht een lading Argentijns rundsvlees tegen een lage prijs. De Argentijnse overheid verbood evenwel de uitvoer omdat het vlees, zoals in de overeenkomst omschreven, niet aan de gestelde uitvoercriteria beantwoordde. Vermits de marktprijs intussen aanzienlijk gestegen was, verklaarde de Duitse verkoper zich bereid om het vlees tegen een prijs te ontvangen, die niet alleen de oorspronkelijke contractuele verkoopprijs omvatte maar tevens de kosten om het vlees geschikt te maken voor de uitvoer. De Argentijnse verkoper, die aan de levering wou ontsnappen om het vlees elders tegen een hoger bedrag te verkopen, voerde evenwel aan dat de verkoop, zoals in de overeenkomst bedongen, door het uitvoerverbod onmogelijk werd en derhalve opgeheven was. Hamburgse arbiters oordeelden dat de Argentijnse verkoper zich niet aan de letter van de overeenkomst mocht houden, maar dat hij de overeenkomst, krachtens zijn verplichting van goede trouw, in haar gewijzigde vorm diende uit te voeren (Hamburger freundschaftlicher arbitrage 13 april 1964, HSG C 4.2).
- (2) Zie BERNARD, Arbitrage, nr. 310 ; RIEDEBERG, Der amiable compositeur, 30.
 Zo kenden arbiters van de I.K.K. zich de bevoegdheid toe om in een handelsgeschil de draagwijdte van een strafbeding te wijzigen (I.K.K. nr. 2209).

komst zou opdringen, waarmee geen van hen gelukkig is. De arbiter naar billijkheid dient derhalve behoedzaam gebruik te maken van zijn uitzonderlijke bevoegdheid om een contractueel beding te wijzigen. Tijdens de arbitrale procedure zou moeten blijken dat beide partijen de wijziging van de overeenkomst, zoals de arbiter deze zou opleggen, verkiezen boven een verbreking.

Van speciaal belang bij de transnationale handelsarbitrage is de vraag welke partij naar billijkheid het risico draagt voor de waardewijziging, die intreedt in de betalingsmunt, tussen het ogenblik dat de overeenkomst gesloten werd en het ogenblik dat betaald moet worden. De huidige monetaire chaos, o.m. geïllustreerd door de depreciatie van het Engelse pond en de lotgevallen van de Amerikaanse dollar, maakt deze vraag uiterst aktueel. De partij, die betaald wordt of die moet betalen in een munt, die niet de hare is, kan onvoorziene winst of verlies boeken door een waardeschommeling tussen haar munt en de betalingsmunt welke intreedt nadat het bedrag in betalingsmunt is vastgesteld.

Naar billijkheid zou men - zoals de "amiable compositeurs" in het geschil tussen S.E.E.E. en Joegoslavië oordeelden - kunnen besluiten dat de financiële gelijkheid tussen de contractuele prestatie de arbiters toelaat een compensatie toe te kennen.

"Attendu ... que le contrat ... n'est nullement aléatoire, mais a pour but d'assurer, d'une part, à la défenderesse la valeur correspondant à celle de ses travaux et fournitures; qu'il était manifestement dans l'intention des parties, au moment où elles ont conclu le contrat, de stipuler des prestations économiquement équivalentes" (1).

Wanneer de arbiters de opdracht kregen naar billijkheid te oordelen lijkt compensatie voor waardewijziging van de munt derhalve aangewezen.

"Qu'il est d'ailleurs conforme à l'équité que le paiement, du fait qu'il était différé sur un assez grand nombre d'années (1935-1952), corresponde à la valeur réelle des prestations dont a bénéficié le gouvernement yougoslave ; que l'on trouve la confirmation flagrante de l'intention des parties, sur ce point, dans le rôle d'amiable compositeurs confié aux arbitres ..." (2).

De partij, die door de waardewijziging van de munt schade lijdt, kan

(1) Arbitrale uitspraak S.E.E.E. t. Joegoslavië 12 juli 1956, Clunet 1959, 1078.

(2) Zie noot supra.

evenwel dermate in de internationale handel bedrijvig zijn dat zij bestendig over vreemde valuta beschikt. In dat geval zou een arbiter zelfs naar billijkheid geen compensatie toekennen omdat de partij de vreemde betalingsmunt toch niet in de eigen munt omwisselt; of omgekeert.

"But as the claimant is an internationally operating company ... it can be assumed that it is holding working balances in different currencies and that it would not have changed the sum in question" (1).

"Dat immers het betalen met Engelse ponden voor appellante geen schade behoefde op te leveren daar appellante ongetwijfeld bij vaak voorkomende andere aankopen tegen Engelse ponden zelf weer met Engelse ponden zou kunnen betalen ;" (2).

Een compensatie bij elke waardewijziging ondermijnt evenwel de contractuele zekerheid. Bovendien is het niet billijker dat compensatie verleend wordt dan niet. In de eerste hypothese zal ene partij bevoordeeld zijn ; in de tweede de andere partij. Daarenboven kunnen partijen steeds hun voorzorgen nemen tegen waardewijzigingen door een waardebeveiligingsbeding in de overeenkomst op te nemen (3). Zij bepalen bijv. dat elke wijziging in de betalingsmunt of in de pariteit tussen de eigen munt en de betalingsmunt sedert het sluiten van de overeenkomst zonder gevolg blijft. Dergelijk beding getuigt ontegensprekelijk van vooruitziendheid vanwege partijen. De arbiters naar billijkheid moeten de wens van de partijen inwilligen en, ondanks de waardewijziging, de pariteit, welke de partijen contractueel vaststelden, eerbiedigen. In rechte is dit weliswaar vaak slechts mogelijk indien het waardebeveiligingsbeding geldig is volgens de "lex contractus" (4). Niettemin meenden arbiters dat zij de bedoeling der partijen, uitgedrukt in het waardebeveiligingsbeding, moesten eerbiedigen ; zonder

(1) I.K.K.-uitspraak nr. 2388.

(2) Scheidsgerecht Vereniging voor den Katoenhandel Rotterdam, 21 mei 1970, Arbitrale Rechtspraak 1970, 127.

(3) In S.E.E.E. t. Joegoslavië (Clunet 1959, 1078) stelden de arbiters zelfs dat een dergelijk beding impliciet in de overeenkomst aanwezig was. Zie tevens SCHOENTJES-MERCHIERS, Y., De waardebeveiligingsbedingen in het recht van de landen van de Europese Economische Gemeenschap, Brussel 1968.

(4) Zie bijv. Frans Cass. 21 juni 1950 (R.C.D.I.P. 1950, 609) dat een waardebeveiligingsbeding niet-bindend verklaarde. Ook krachtens het volkenrecht zou dit beding niet zonder meer binden (GOLDMAN, Le droit applicable selon la Convention de la B.I.R.D., 152). Wat de arbitrage van waardebeveiligingsbedingen betreft : zie Woodhouse Ltd. v. Nigerian Produce, (1972) W.L.R. 1092. Zie tevens de uitspraken van 28 augustus 1971 en van 16 februari, 2 april en 5 juli 1973, van de Tsjechoslovaakse Arbitrage-commissie : Clunet 1975, 397-400 ; Rev. Arb. 1974, 35-39.

zich af te vragen of dit beding wel geldig was volgens de "lex contractus" (1). Wanneer de partijen geen waardebeveiligingsbeding in hun overeenkomst hebben ingelast, zou m.i. - ook naar billijkheid - geen compensatie mogelijk zijn voor de contractuele bedongen betaling (2).

Ook de arbiter naar billijkheid "contra legem" dient zich dan te houden aan de betalingsmunt, uitgedrukt in de overeenkomst. Wanneer een waardebeveiligingsbeding in de overeenkomst is ingelast, zal de arbiter in rechte en de arbiter naar billijkheid "contra legem" hieraan gevolg geven in de mate dit toegelaten is door de openbare orde van de relevante rechtssystemen.

Anderzijds is het evident dat de partij, die draalt met het betalen van een verschuldigde som, instaat voor de waardedepreciatie welke intrad sedert de som eisbaar werd (3).

(1) I.K.K. nr. 1717, geciteerd Clunet 1974, 892.

(2) Zie bijv. I.K.K. nr. 1990, Clunet 1974, 900. Zie evenwel de oudere uitspraken : I.K.K. nr. 396, 505, 513 : Economie internationale, oktober 1932, 10-11 ; I.K.K. nr. 519 : Economie internationale, december 1932, 11.

(3) Hamburgse Cacao-handel uitspraak 15 december 1967, HSG E 4 a 2 ; DERAIS, Clunet 1974, 902.

HOOFDSTUK III

DE HANDELSGEBRUIKEN

169. De eerste bron van rechtsvinding is de overeenkomst. Indien de contractuele bedingen niet als beslechtingsnorm voldoen, moet de arbiter - met de billijkheid als richtsnoer - andere normen vinden. Vaak bieden de handelsgebruiken dan uitkomst.

Dit hoofdstuk wijst op de speciale relatie tussen handelsgebruiken en handelsarbitrage (§ 1). Het bespreekt hoe de arbiters het handelsgebruik vaststellen (§ 2) en tot een beslechtingsnorm verheffen (§ 3). Vervolgens illustreert het de rol van de handelsgebruiken bij de arbitrale beslechting (§ 4). Tenslotte wijdt het enige aandacht aan de betekenis van de "lex mercatoria" voor de arbitrage (§ 5) en aan de speciale betekenis van de handelsgebruiken bij de arbitrage naar billijkheid (§ 6). Het is niet de bedoeling te beschrijven welke handelsgebruiken reeds in arbitrale uitspraken erkend werden. Gegevens hierover zijn in een beperkte mate en met betrekking tot een gering aantal arbitrage-instellingen bekend (1). In dit hoofdstuk gaat de aandacht eerder uit naar de methode om handelsgebruiken te vinden dan naar de inhoud van deze gebruiken (welke trouwens naargelang plaats en bedrijfstak verschillen).

§ 1. Handelsgebruiken en handelsarbitrage

170. Handelsgebruiken omvatten een feitelijk, sociaal en een normatief

(1) Zie bijv. mbt. de I.K.K.-arbitrage : DERAINS, Rev. Arb. 1973, 122-149 ;

mbt. de arbitrage in Hamburg en Bremen : KRAFZIK, Spruchpraxis; mbt. de Joegoslaafse arbitrage : LEW, Arbitration Journal, 1973, 33-49 ; VARADY, Jug. Rev. Med. Pravo 1970, 349-363 ;

mbt. de Sovjet arbitrage : RAMSAIZEW, Aussenhandelsarbitrage in der UdSSR ; WAEHLER, Schiedsgerichtsbarkeit in der UdSSR ;

mbt. Roemeense arbitrage : NESTOR, Rev. Roum. jur. 1967, 245-261.

element. Zij zijn feitelijke, eenvormige gedragsspatronen die in een handelsmilieu ingeburgerd zijn en er algemeen gevolgd worden bij de handel (1). Handelslui verwachten dat ook hun mede-contractanten deze handelsgebruiken zullen navolgen. Derhalve gelden zij als sociale normen (2).

Handelsgebruiken worden door de rechter als beslechtingsnorm aangewend. Bij de handelsarbitrage spelen zij evenwel een bijzondere rol. Dit wordt o.m. bevestigd door het Europees Verdrag inzake de internationale handelsarbitrage, dat groeide uit de expertise van een internationale schare arbitrage-deskundigen. Art. VII, lid 1, dat bepaalt hoe de partijen of de arbiters het toe te passen recht kiezen, besluit :

"In beide gevallen houden de scheidslieden rekening met de bedingen van het contract en de handelsgebruiken".

Zoals de contractuele bedingen bleken de handelsgebruiken een speciale vermelding als beslechtingsnorm waard. Uit de voorbereidende werken van het Verdrag blijkt evenwel dat deze bepaling een meer bijzondere betekenis bezit. In het ontwerp van art. VII, lid 1 werd gesteld dat de arbiters niet volgens een nationaal recht dienden te beslissen. Wanneer deze bepaling niet haalbaar bleek, restte als reliek van dit streven de bepaling, dat de arbiters rekening moeten houden met de handelsgebruiken. Aldus wilden de ontwerpers aantonen dat de arbiters ook beslechtingsnormen, die niet door een nationale wetgever werden uitgevaardigd, mogen toepassen (3).

171. Vaak opteren partijen voor handelsarbitrage omdat zij verwachten dat de - meestal uit de eigen handelssector gekozen - arbiter, meer dan de rechter, vertrouwd is met de handelsgebruiken. Deze drijfveer speelt vooral bij de bedrijfssectoriële en andere gespecialiseerde

(1) PEDAMON, M., Y a-t-il lieu de distinguer les usages et les coutumes en droit commercial ? Rev. Trim. Dr. Com. 1959, 335-357, 344.

(2) PEDAMON, M., art. cit., 339 en 342; SCHMITTHOFF, The law of international trade, 16.

(3) KAISER, Das europäische Ubereinkommen, 150.

handelsarbitrage. Een enkele maal komt hun bedoeling, om volgens de handelsgebruiken van de handelssector beoordeeld te worden, zelfs tot uiting in hun overeenkomst (1). Veelal is het nuttig dat de partijen bedingen welke handelsgebruiken zij als norm aangewend willen zien. De arbiters bezitten immers niet steeds de beroepservaring om met de relevante handelsgebruiken rekening te houden. Bovendien kan dergelijke aanduiding uiterst nuttig zijn indien handelsgebruiken uit meer dan één handelsmilieu of plaats bij de beslechting aangewend kunnen worden (2).

In andere gevallen schrijft het reglement van de bedrijfssectoriële arbitrage-instelling de arbiters voor om volgens de gebruiken van de sector te oordelen (3). Zelfs arbitrage-reglementen, die niet op een bepaalde bedrijfssector gericht zijn, schrijven de arbiters voor om volgens de handelsgebruiken te beslechten (4).

-
- (1) Bijv. - "Tous différents ... seront soumis à la Fédération Française de Publicité pour arbitrage définitif, selon les usages professionnels" (Beroep Parijs 4 februari 1966, Rev. Arb. 1966, 28).
 - "Notwithstanding anything in this Agreement to the contrary, all operations shall be conducted ... in compliance with ... good oil-field practices and sound business principles" (Le contrat économique international, Brussel-Parijs 1975, 381).
- (2) FOUCHARD, Arbitrage, nr. 593.
- (3) Bijv. - "Là où il existe des systèmes d'arbitrage appliqués de longue date aux transactions en laine et en produits lainiers entre pays différents, l'arbitrage des litiges peut avoir lieu selon les us et coutumes mais dans ce cas ceci doit être formellement spécifié dans les contrats en cause" (International Wol en Textiel Arbitrage Akkoord, art. III. Zie nr. 110).
 - "Les arbitres rendent leur sentence ... en application des Règles et Usages F.I.S." (Arbitragereglement van de Fédération Internationale du Commerce des Semences, art. 11, lid 1).
- (4) Dit wordt o.m. geïllustreerd door de arbitragereglementen van de I.K.K. (art. 13, lid 5); van de ECE (art. 38), van UNCITRAL-ontwerp (art. 27, lid 4); van de Poolse (§ 29); van de Oost-Duitse (§ 27); van de Bulgaarse (§ 53) en van de Joegoslafse Arbitrage-commissie (§ 29); van maritieme arbitrage te Gdynia (§ 28).

Handelsgebruiken leveren de arbiters ook dikwijls de geschikte beslechtingsnorm, zonder dat partijen of het arbitragereglement hen opdragen handelsgebruiken toe te passen. De rol, die de handelsgebruiken spelen bij de transnationale handelsarbitrage, blijkt uit de verdere paragrafen van dit hoofdstuk.

§ 2. Vaststelling van het handelsgebruik

172. Wie - partij of arbiter - moet het bestaan van een handelsgebruik bewijzen? Het antwoord op deze vraag werd hoger geschetst (1). In principe moeten de partijen het bestaan bewijzen van een handelsgebruik, dat hen relevant lijkt. De arbiter mag ook ongevraagd rekening houden met een handelsgebruik dat hem persoonlijk bekend is. Hij moet de partijen dan echter van deze bedoeling op de hoogte brengen en hun opmerkingen over het handelsgebruik horen. Doorgaans zijn de arbiters - vooral bij de bedrijfssectoriële arbitrage - vertrouwd met de relevante handelsgebruiken. Vaak zullen zij handelsgebruiken aanwenden, zonder dat de partijen deze moeten bewijzen. Dit is trouwens - vooral bij de bedrijfssectoriële arbitrage - één der redenen waarom partijen voor arbitrage opteerden.

Dierenvoedsel werd verhandeld door middel van een standaard-overeenkomst van de Londense Cattle Food Trade Association. De partijen legden een geschil in verband met de uitvoering van de overeenkomst voor aan de arbitrage-instelling van deze bedrijfsorganisatie. De arbiters wendden een handelsgebruik van de bedrijfssector ongevraagd aan. De Engelse rechter keurde dit goed.

"Both parties ... put their rival contentions before (the arbitrators and umpire) and asked them to decide which was right. Neither party sought to contend that there was any custom or practice which had any bearing on the matter ... A trade arbitral tribunal is fully entitled to use its own knowledge of the trade. Indeed the fact that it has this knowledge is one of the reasons why it exists and performs a most useful purpose" (2).

(1) Zie nrs. 19-23.

(2) Th. Borthwick Ltd. v. Fauré Fairclough, (1968) 1 Lloyd's Rep. 29.

In weerwil van de argumenten van verweerster en zonder dat eiser het bestaan van een handelsgebruik bewezen had, beslisten Duitse wolarbiters :

"Die Klägerin had das Bestehen dieses Handelsbrauchs in Abrede gestellt. Das Gericht sah sich nicht veranlasst, zu dieser Frage eine Beweisaufnahme durchzuführen, da es sachverständig besetzt ist" (1).

Indien de arbiters (juristen bijvoorbeeld) niet voldoende met het handelsmilieu vertrouwd zijn, moeten de partijen het bestaan bewijzen van een gebruik van dit handelsmilieu. Zelfs bij gespecialiseerde handelsarbitrages worden de arbiters soms verzocht rekening te houden met hen onbekende handelsgebruiken, die door één der partijen bewezen worden.

Voor de Sovjet Arbitrage-commissie bewezen Engelse verkopers dat een Engels handelsgebruik hen er enkel toe verplichtte om garen gewassen te leveren indien dit uitdrukkelijk in de overeenkomst bepaald was (2). Italiaanse houtkopers werden door de Sovjet arbiters verplicht om de in Italië gebruikelijke kwaliteitscriteria voor hout aan te tonen (3). In een ander geschil beriep een Italiaanse koper van gerst zich voor de Sovjet Arbitrage-commissie op de havengebruiken van Ravenna om aan te tonen dat hij de extra ligdagen van het Sovjet schip, waarmee de waar aangebracht was, niet moest vergoeden (4).

Zo ook gaven Engelse maritieme arbiters een Israëliische bevrachter opdracht een gebruik van de New Yorkse bankwereld te bewijzen. Dit gebruik zou immers de bewering van de Panamese reder, nl. dat de betaling één dag te laat had plaats gegrepen, ontkrachten (5).

173. Hoe dient een handelsgebruik bewezen te worden ?

Uit de meeste arbitrage-uitspraken blijkt niet hoe het bestaan van het

(1) Hamburgse wolarbitrage, geciteerd door KRAFZIK, Spruchpraxis, 85.

(2) Promsyrvoimport t. Sanderson Murray Elder Ltd., C.A.C., nr. 2.

(3) S.A. Calvi t. Exportles, C.A.C. nr. 82.

(4) Exportkaleb t. Mantovani, C.A.C., nr. 92.

(5) ZIM Israël Navigation Co. v. Effy Shipping Co. "The Effy", (1972)
1 Lloyd's Rep. 18.

handelsgebruik aangetoond werd. Een loutere vaststelling, dat het handelsgebruik bestond, volstond de arbiters meestal. Vooral arbiters, die vergroeid zijn met het handelsmilieu, menen dat hun deskundigheid elke motivering omtrent het bestaan van het handelsgebruik overbodig maakt (1). Uit enkele uitspraken blijkt gelukkig wel op welke wijze een handelsgebruik kan bewezen worden.

De terminologie, waarmee de arbiters een handelsgebruik aanduiden, leert ons iets over de bestanddelen van een handelsgebruik. Meestal spreken de arbiters van een feitelijk gedragspatroon (2). Soms benadrukken zij dat het handelsgebruik reeds een lange tijd bestaat en derhalve ingeburgerd is (3). Een enkele maal zien de arbiters niet enkel het feitelijk gedragspatroon, maar de opvatting, die in het handelsmilieu heerst (4). Tenslotte kunnen zij beklemtonen dat het een

-
- (1) Zie KRAFZIK, Spruchpraxis, 90-92.
 - (2) Zij hebben het aldus over
"usances" (bijv. I.K.K. nr. 1402, 1472, 1675 (Clunet 1974, 896) en de uitspraak, geciteerd door KRAFZIK, Spruchpraxis, 78) ;
"gewoonten" (bijv. Aramco-uitspraak, R.C.D.I.P. 1963, 317 ; Tennison t. Exportles, C.A.C. nr. 58) ;
"handelspraktijken" (bijv. Halfdan Greig & Co. v. Sterling Coals and Navigation Co., (1973) 1 Lloyd's Rep. 296 ; Hamburgse arbitragies, HSG C 1. 3, 3.5 b 15 en E 6 a 18 ;
"gebruiken van de internationale handel" (bijv. Import-Export t. Soyuzpromexport, C.A.C. nr. 23 ; Exportles t. Lemayer, C.A.C. nr. 40 ; Judsk Andels-Foderstofforretning t. Exportkhele, C.A.C. nr. 51 ; I.K.K. nr. 2103, Clunet 1974, 902).
 - (3) Bijv. "standiger Praxis" (Hamburgse arbitrage, HSG D 1 b 4) ;
"von jeher" (Katoenarbitrage, geciteerd door KRAFZIK, Spruchpraxis, 78) ;
"tradition plus que séculaire" (Antwerpse Arbitrage- en Verzoeningskamer voor Granen en Zaden nr. 1203),
"de notoriété certaine et de longue date" (Arbitrale Kamer Parijs, Rev. Arb. 1969, 79) ;
"a long-established and well-recognized custom of the trade" (Incorporated Oil Seed Association-arbitrage, Produce Brokers Co. Ltd. v. Olympia Oil and Cake Co. Ltd., (1917) 1 K.B. 320).
 - (4) Bijv. "Verkehrsauffassung" (Hamburgse wolarbitrage, geciteerd door KRAFZIK, Spruchpraxis, 82) ;
"kaufmännische Verkehrssitte" (Hamburgse wolarbitrage, geciteerd door KRAFZIK, Spruchpraxis, 86).

regel betreft (1).

Een enkele maal vermelden de arbiters dat een handelspraktijk alle bestanddelen van een handelsgebruik bezit, vermits het een feitelijk gedragspatroon is, dat reeds een tijd gevestigd en ingeburgerd is.

"(Es) hat sich auf grund der tatsächlichen Übung während eines längeren Zeitraumes und durch deren Anerkennung von den beteiligten Verkehrskreisen ein Handelsbrauch entwickelt ..." (2).

Een gebruik van een handelsmilieu, waarmee de arbiters niet vertrouwd zijn, bewijzen de partijen soms met een attest van een handelsorganisatie die wel met dit milieu vertrouwd is (3). Een handelsgebruik kan ook blijken uit een codificatie van een bedrijfsorganisatie (4). Bedingen van algemene voorwaarden en standaard-overeenkomsten, die gewoonlijk op een transactie van toepassing zijn, kunnen als handelsgebruik weerhouden worden (5). De arbiters kunnen ook een eenvormige wet,

-
- (1) Bijv. "règles" (Antwerpse Arbitrage- en Verzoeningskamer voor Granen en Zaden, nr. 42452 ; I.K.K. nr. 2103, Clunet 1974, 902) ; "Spielregel" (Koffie-arbitrage, geciteerd door KRAFZIK, Spruchpraxis, 78).
 - (2) Hamburgse wolarbitrage, geciteerd door KRAFZIK, Spruchpraxis, 85.
 - (3) Zie bijv. S.A. Calvi t. Exportles, C.A.C. nr. 82 (attest van de Italiaanse Beroepsvereniging der Houthandel) ; Promsyrvoimport t. Sanderson Murray Elder Ltd., C.A.C. nr. 2 (attest van de Worsted Spinners Federation of Bradford).
 - (4) Bijv. verzameling der handelsgebruiken in de haven van Ravenna, Exportkheleb t. Mantovani, C.A.C. nr. 92 ; Code des usages de la publicité van de Fédération Française de la Publicité en goedgekeurd door de Fédération Nationale de la Presse Française, (Beroep Parijs 4 februari 1966, Rev. Arb. 1966, 27) ; "Code des Usages français du commerce des pommes de terre (RUPOM), (Beroep Parijs 12 februari 1963, J.C.P. 1963.II.13281) ; "Règles et Usages du commerce inter-européen des pommes de terre".
 - (5) Zie Hamburgse arbitrage, HSG D 1 b 4 ; mbt. ECE-voorwaarden : Joegoslafse Arbitrage-commissie, 10 februari 1967, geciteerd door VARADY, Jug. Rev. Med. Pravo, 1970, 359-360 ; Belgisch "ad hoc"-arbitrage 19 februari 1969. DERAIS, Rev. Arb. 1973, 124-125 ziet tevens in I.K.K. nr. 1427 een voorbeeld van de aanwending van een ECE-overeenkomst als handelsgebruik. In casu hadden de partijen evenwel contractueel voor de aanwending van deze standaard-overeenkomst besloten.

zoals deze mbt. de internationale koop van roerende goederen, beschouwen als een codificatie van de handelsgebruiken terzake (1). Merkwaardig is tenslotte de houding van Antwerpse graanarbiters, die een handelsgebruik inzake kwaliteitscriteria voor bloem afleidden uit een E.E.G.-invoerverordening (2).

174. De verwijzing naar vroegere rechtspraak, waarin het handelsgebruik reeds erkend werd, is evenwel het meest geschikte middel om een handelsgebruik te bewijzen (3). Zelden hebben handelsgebruiken evenwel de kans om erkend te worden door een rechterlijk vonnis, dat bovendien gepubliceerd werd. Bijgevolg zal de arbiter slechts bij uitzondering kunnen steunen op een rechterlijk precedent. Anderzijds houdt de arbitrage, vooral dan de bedrijfssectoriële en de gespecialiseerde arbitrage, een schat aan precedents in. Menige uitspraak toont aan dat de arbiters een handelsgebruik hebben erkend omdat het bestaan ervan ook in vorige uitspraken werd vastgesteld (4).

-
- (1) I.K.K. nr. 2274 (de arbiters konden deze wet niet als wet toepassen daar zij nog niet van kracht was).
- (2) Antwerpse Arbitrage- en Verzoeningskamer voor Granen en Zaden, nr. 1203.
- (3) Bijv. - "Attendu qu'il est de tradition plus que séculaire ... ; que l'ancienneté de cette tradition est établie notamment par un jugement du Tribunal de Commerce d'Anvers du 25 janvier 1866" (Antwerpse Arbitrage- en Verzoeningskamer voor Granen en Zaden, nr. 1203).
 - "... nach allgemeinen Handelsbrauch, der in der Rechtsprechung des Hanseatischen Oberlandesgerichts und in der ständigen Rechtsprechung der kaufmännischen Hamburger Schiedsgerichte seine Anerkennung gefunden hat" (Hamburgse wolarbitrage, geciteerd door KRAFZIK, Spruchpraxis, 85).
 - "Nach Handelsbrauch und fester Rechtsprechung" (Hamburgse arbitrage, HSG D 1 b 18).
- (4) Bijv. - "Dieses ist ein allgemein anerkannter Grundsatz, der auch vom Schiedsgericht des Waren-Vereins mehrfach ausgesprochen worden ist" (Hamburgse warenarbitrage, geciteerd door KRAFZIK, Spruchpraxis, 87).
 - "Es entspricht jedoch herrschender Handelsauffassung und der Rechtsprechung des hiesigen Schiedsgerichts ..." (Hamburgse graanarbitrage, geciteerd door KRAFZIK, Spruchpraxis, 87).
 - Nach der Rechtsprechung der Schiedsgerichte der Bremer Baumwollbörse und der handelsüblicher Auffassung ..." (Hamburgse katoenarbitrage, geciteerd door KRAFZIK, Spruchpraxis, 88).

.../...

175. In welke mate kunnen partijen en arbiters vorige uitspraken kennen, waarin handelsgebruiken erkend werden ?

Bij bedrijfssectoriële en gespecialiseerde arbitrage worden de arbiters vaak met gelijksoortige geschillen geconfronteerd. Zij kunnen dan een handelsgebruik, dat zij in één uitspraak erkenden, in volgende beslechtingen aanwenden. Indien de arbiters niet persoonlijk met een precedent vertrouwd zijn, kunnen zij in de archieven der arbitrale instelling te rade gaan. Soms brengt het tijdschrift van de bedrijfsorganisatie trouwens het ganse bedrijfsleven op de hoogte van de gebruiken, die in recente uitspraken van de bedrijfssectoriële arbitrage-instelling toegepast werden. In elk geval dringt het, langs de partijen of de arbiters, spoedig in het handelsmilieu door wanneer een handelsgebruik in een arbitrale uitspraak erkend werd. Het is uit dit handelsmilieu dat de arbiters komen die latere gevallen zullen beslechten.

Bij de niet-gespecialiseerde arbitrage is het moeilijker om precedenten te kennen waarin handelsgebruiken erkend werden. De aard der geschillen en de arbiters zijn meer verscheiden. De persoonlijke herinnering en het nazoeken in archieven blijken derhalve niet zo nuttig. Zelden wordt een uitspraak gepubliceerd. De meeste uitspraken komen slechts toevallig in de bekendheid door de publicatie van een rechterlijk vonnis waarin de uitspraak vermeld wordt.

De handelsarbitrage kan slechts volledig haar rechtsscheppende en rechtsvernieuwende taak vervullen indien haar uitspraken gepubliceerd worden. Gepubliceerde arbitrale uitspraken maken immers meer kans als precedent. De handelsgebruiken, die zij erkennen, zouden door deze publicatie bovendien een vaste en zekere inhoud krijgen (1).

.../...

- "Solches ist nach den in der Hamburger Schiedsgerichtsrechtssprechung geltenden allgemeinen Grundsätzen nicht zulässig (Hamburgse arbitrage, geciteerd door KRAFZIK, Spruchpraxis, 88).

- (1) Cfr. GOLDMAN, 109 RdC (1963, II), 478. Zie tevens de resolutie van het Internationaal Arbitrage-congres (Rotterdam) : "Considérant que dans le cadre des branches professionnelles, l'arbitrage a contribué à la création d'un droit des affaires sans cesse en extension, notamment par la prise en considération de la pratique internationalement suivie ; qu'il serait souhaitable qu'une publication de sentences arbitrales puisse être envisagée dans certains domaines" (Rev. Arb. 1966, 82).

Men kan zich echter afvragen of dergelijke openbaarheid gewenst is. Eén der voordelen van de arbitrage is haar geheimhouding en haar discretie. Deze zouden door een publicatie van de uitspraak verdwijnen (1). Bepaalde gevallen zijn immers zo uniek dat de publicatie van de arbitrale uitspraak, zelfs met weglating van de details, zou verraden wie de partijen waren. Partijen opteren daarentegen vaak voor arbitrage omdat zij hun geschillen niet aan het klokzeel willen hangen. Anderzijds zijn de handelsgebruiken zo gevarieerd dat een publicatie van een uitspraak niet steeds tot precedent kan leiden. Tenslotte druist het enigszins in tegen de geest van de arbitrage, die vooral aandacht heeft voor de eigenheid van het geval, om zich door precedenten te laten binden (2).

De recente discussies in de schoot van UNCITRAL illustreren treffend het voor en tegen van publicatie van arbitrale uitspraken. Prof. I. Nestor, de speciale verslaggever inzake arbitrage, stelde de publicatie voor van een verzameling van arbitrale uitspraken inzake de internationale handel. Enkele deskundigen gaven toe dat dergelijke uitgave een nuttige informatiebron zou zijn en bovendien zou bijdragen tot een ruimere verspreiding der arbitrale beslechting. Tegen het idee van een publicatie werden evenwel verscheidene opwerpingen gemaakt. Eerstens voerde men aan dat partijen juist de arbitrage gekozen hadden om de openbaarheid te vermijden. Anderzijds zou een dergelijke opgave van arbitrale uitspraken bestaande publicaties doubleren. Bovendien zou de verzameling steeds onvolledig blijven en zouden handelsgebruiken er slechts sporadisch in erkend worden (3).

-
- (1) Zie het besluit van de Rotterdamse resolutie (supra) :
 "Que cependant il paraît prématuré de prévoir une telle publication qui mettrait en question le caractère confidentiel de l'arbitrage auquel sont généralement attachées les parties, bien qu'il en soit autrement dans certains pays et certaines branches professionnelles".
 - (2) Om deze reden begon het blad van de I.K.K., Economie Internationale 1932, nr. 8, p. 5, de publicatie van uitspraken met de aanmerking dat de vermelde principen niet beschouwd worden als normen die latere arbiters binden. Om volstrekt principiële redenen had de I.K.K. in 1929 trouwens elke publicatie van uitspraken afgewezen : "D'autre part, afin d'éviter que ne se constitue une jurisprudence arbitrale qui aurait pour effet de créer des précédents, lesquels pourraient gêner les arbitres dans l'avenir, il a été décidé de ne jamais publier le texte des sentences rendues". (Economie Internationale 1929, 539-540).
 - (3) NESTOR, Arbitrage commercial international, 97. Report of the United Nations Commission on International Trade Law, 6th Session, n° 17 (A/9017), 22.

§ 3. Het handelsgebruik als arbitrale beslechtingsnorm

176. Eenmaal het handelsgebruik vastgesteld, is het nog geen beslechtingsnorm. Hiervoor moeten de arbiters het gebruik als beslechtingsnorm beschouwen.

Meestal bekommeren arbiters zich niet over de vraag of een handelsgebruik, dat zij als beslechtingsnorm aanvoelen, ook in de ogen van een rechter of rechtsgeleerde een beslechtingsnorm zou zijn (1). Voor de erkenning van de arbitrale uitspraak is deze vraag gewoonlijk ook niet belangrijk. Doorgaans onderzoekt de rechter immers enkel of het resultaat van de arbitrale beslissing niet tegen de openbare orde indruist (2). Voor dit onderzoek is de inhoud van het als beslechtingsnorm aangewende handelsgebruik belangrijker dan de juridische grondslag van zijn normatieve kracht. In de regel zal de rechter trouwens geen aanstoot nemen aan de inhoud van een aangewend handelsgebruik indien hij ervan overtuigd is dat de arbiters deskundigen zijn en het vertrouwen van de partijen genoten. Enkel wanneer de rechter weet dat een handelsgebruik aangewend werd om één van de partijen te bevoordelen, in weerwil van het belang van de tegenpartij of van de gemeenschap, kan hij de uitspraak nietig verklaren (3). Soms dwingt de arbitragewet de arbiter er evenwel toe om aan te duiden hoe het aangewende handelsgebruik een beslechtingsnorm kon worden. Wanneer in Frankrijk tegen een arbitrale uitspraak beroep ("appel-réformation") bij de rechter mogelijk is, moet de arbiter aantonen hoe het handelsgebruik als norm kan gelden ; anders kan de rechter in beroep dit gebruik terzijde schuiven (4). In België en Frankrijk tonen arbiters,

(1) Zie bijv. MENTCHIKOFF, S., Commercial Arbitration, 6. Columbia Law Review 1961, 859.

(2) Zie nrs. 57-60, 64-65, 68, 74-75, 93. Ook de zwevende (nr. 89) of de volkenrechtelijke arbitrale uitspraak (nr. 126) wordt naar de openbare orde getoetst indien zij door een rechter erkend moet worden. De arbitrage van de Wereldbank-Conventie heeft een analoge controle vanwege het Centrum zelf (nr. 107).

(3) Zie BATIFFOL, 7 Col. Journ. Transn. L. (1968), 46-47.

(4) Zie nr. 54.

die in rechte moeten oordelen, trouwens best aan dat het handelsgebruik in rechte als norm geldt ; anders kan hun uitspraak nietig verklaard worden omdat zij ten onrechte naar billijkheid zouden geoordeeld hebben (1). Omwille van de "special case" is het vaak ook voor de Engelse arbiter aangewezen om de normatieve kracht van het handelsgebruik te rechtvaardigen (2). De Engelse rechter aanvaardt echter doorgaans dat bekwame handelsarbiters correct waren in het aanwenden van een handelsgebruik (3). Meestal zal de rechter trouwens een "special case" weigeren mbt. handelsgebruiken, waarmee de arbiters vertrouwd zijn (4). Voor de arbitrale praktijk hebben de juridische gronden, waarom arbiters handelsgebruiken als beslechtingsnorm aanwenden, bijgevolg een beperkt praktisch belang.

177. Twee redenen kunnen de arbiter inspireren om een handelsgebruik tot een beslechtingsnorm te maken : de wil der partijen en de objectieve geschiktheid als norm.

De wil der partijen lijkt wel het voornaamste motief. Wanneer het de bedoeling der partijen is dat de arbiters volgens de handelsgebruiken zouden oordelen, is het de contractuele plicht van de arbiters om dit te doen. De partijen uiten deze bedoeling soms in de litigieuze overeenkomst zelf ; in andere gevallen blijkt zij uit hun optie voor een arbitrage-instelling, waarvan het reglement de aanwending van handelsgebruiken voorziet (5). Meestal is deze bedoeling echter niet uitdrukkelijk weergegeven, maar wordt zij uit omstandigheden afgeleid. Zo zou, aldus Goldman, uit een beding van partijen, dat hun overeenkomst aan geen enkel recht onderworpen is, hun bedoeling blijken dat

(1) Zie nrs. 56 en 62.

(2) Zie nr. 71.

(3) Zie bijv. Produce Brokers Co. Ltd. v. Olympia Cake Co. Ltd., (1917), 1 K.B. 320, 328.

(4) Zie bijv. Halfdan Greig & Co. A/St Sterling Coal and Navigation Co. and A.C. Neleman's handel- en transportonderneming, The "Lysland", (1973) 1 Lloyd's Rep. 296, 302.

(5) Zie nr. 171.

anationale normen, zoals handelsgebruiken, hierop van toepassing zijn (1). Hun optie voor een internationale arbitrage-instelling zou aantonen dat zij volgens de internationale handelsgebruiken wensen beoordeeld te worden (2). Het aanvaarden van een standaard-overeenkomst of terminologie van een handelssector zou tevens een optie van de handelsgebruiken van deze sector insluiten (3). Anderzijds ligt het voor de hand dat een handelsgebruik, in het handelsmilieu gegroeid om zijn handelsverrichtingen te regelen, ook zonder optie vanwege partijen, de aangewezen norm zal zijn ter beslechting van een geschil n.a.v. dergelijke handelsverrichting.

178. Een arbiter, die een handelsgebruik als norm wil aanwenden, kan dit op verscheidene wijzen juridisch inkleden.

179. Hij kan het handelsgebruik - buiten elk rechtssysteem om - als norm beschouwen (4).

Zo beslistten arbiters van de I.K.K. :

"Lorsque B décida de soumettre les litiges ... au Règlement d'arbitrage de la CCI, B voulait en fait voir ces litiges réglés sans aucune référence à un droit national sur la base des dispositions contractuelles et conformément aux pratiques et coutumes internationales, ainsi que A et B l'ont d'ailleurs mentionné à plusieurs

-
- (1) GOLDMAN, B., Frontières du droit et "lex mercatoria", IX Archives de philosophie du droit (1964), 177-192 ; 185. GOLDMAN, B., Le contrat international in Renaissance du phénomène contractuel, Luik 1971, 478. Contra : mbt. arbitrage van de Wereldbank-Conventie : PIRRUNG, Schiedsgerichtsbarkeit nach dem Weltbankübereinkommen, 152-153.
 - (2) Zie DERAIS, Rev. Arb. 1973, 138. Zie tevens I.K.K. nr. 1569 (Rev. Arb. 1973, 136-137). Het nieuwe I.K.K.-arbitragereglement, art. 13, lid 5 stelt dat de arbiters moeten oordelen volgens de handelsgebruiken.
 - (3) Tsjechoslovaakse Arbitrage-commissie, 4 januari 1963, Clunet 1966, 884 ; Aramco t. Saoedi-Arabië, R.C.D.I.P. 1963, 317.
 - (4) Zie bijv. LUNZ, L., L'objet et les principes fondamentaux du droit international privé en U.R.S.S. et dans les autres pays socialistes européens, Clunet 1973, 97-115, 100-101.

reprises dans leurs mémoires et plaidoiries" (1).

In andere gevallen stelde de arbiter het handelsgebruik naast de normen van het rechtssysteem. Hij paste immers een nationaal recht toe.

"complété, si besoin est, à titre supplétif, par les règles et usances de caractère international" (2)

of hij beslechtte volgens :

"les normes de droit, et, à défaut, les usages commerciaux" (3).

Art. VII, lid 1 van het Europees Verdrag inzake de internationale handelsarbitrage bepaalt dat arbiters of partijen het aan te wenden recht aanduiden en stelt vervolgens dat de arbiters rekening houden met de handelsgebruiken. Voor Gentinetta beduidt deze laatste bepaling dat het Europees Verdrag de arbiters toelaat om handelsgebruiken los van elk aanwendbaar rechtssysteem aan te wenden (4). De handelsgebruiken zouden immers gelden als arbitrale "lex fori" : nl. als normen die eigen zijn aan het milieu, waarvoor de arbiters als beslechtters fungeren (5).

180. Het internationaal privaatrecht kan - volgens Derains, von Hoffman en enigszins zelfs Batiffol - de arbiter een andere mogelijkheid geven om handelsgebruiken als beslechttingsnormen aan te wenden (6). Het internationaal privaatrecht maakt het mogelijk buitenlandse rechtssystemen toe te passen wanneer deze de normen zijn van het milieu waarmee

(1) I.K.K. nr. 1569, Rev. Arb. 1973, 135.

(2) I.K.K. nr. 1402 ; 1404 ; 1472, Rev. Arb. 1973, 141 ; nr. 1621.

(3) I.K.K. nr. 1802.

(4) En dit zelfs tegen dwingende rechtssystemen van het aanwendbare rechtssysteem in : GENTINETTA, Lex Fori, 330.

(5) Zie DERAINS, Rev. Arb. 1973, 146-149 ; GENTINETTA, Lex Fori, 193.

(6) BATIFFOL, H., Contrats et Conventions, Répertoire de Droit International Dalloz, nr. 29 sluit niet uit dat handelsgebruiken, die de "besoins légitimes d'un milieu" vertolken, rechtstreeks aangewend worden ; DERAINS, Rev. Arb. 1973, 131 ; VON HOFFMANN, Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, 127.

het geval het meest verknocht is. De buitenlandse rechtsnorm geldt evenwel niet als uitdrukking van de buitenlandse soevereiniteit (uiteraard beperkt tot het eigen territorium). Het is het internationaal privaatrecht dat haar tot beslechttingsnorm verheft. Indien het internationaal privaatrecht een buitenlandse rechtsnorm als beslechttingsnorm aanduidt omdat het de norm is, die heerst in het milieu dat het nauwst met de zaak betrokken is, bestaat er geen fundamenteel bezwaar waarom dit internationaal privaatrecht niet tevens het handelsgebruik, de norm van het betrokken handelsmilieu, zou kunnen aanduiden. Deze opvatting wordt evenwel door de feiten niet gestaafd. Voor de rechters verwijst het internationaal privaatrecht (vooralsnog) slechts naar een nationaal recht. Bijgevolg is het onzeker of het tevens - buiten elk nationaal recht om - rechtstreeks naar handelsgebruiken kan verwijzen.

181. Handelsgebruiken kunnen beslechttingsnormen worden omdat de partijen zo contractueel bedongen en de arbiters aan dit beding gehouden zijn (1). Partijen, die in hun litigieuze overeenkomst bepalen dat

-
- (1) Bijv. Arbitrage-commissie der D.D.R., reglement § 27, lid 2 : "The Court of Arbitration shall take into consideration the trade customs covered by the matter in dispute in particular as far as the recognition of these customs has been agreed by the parties...". Zie tevens mbt. Poolse Arbitrage-commissie : JAKUBOWSKI, Choice of law clauses in arbitration agreements, 9. Voor GOLDMAN (Arbitrage (droit international privé), nr. 237) laat art. VII van het Europees Verdrag inzake de internationale handelsarbitrage partijen toe om de handelsgebruiken (en de andere principen van de "lex mercatoria") als exclusieve beslechttingsnormen aan te duiden. Het "recht", dat de partijen mogen kiezen is immers ruimer dan de (nationale) "wet", die de arbiters moeten aanwenden wanneer partijen geen recht gekozen hebben. Voor Goldman zijn handelsgebruiken en de lex mercatoria wel "recht" dat partijen kunnen kiezen, alhoewel zij geen "wet" zijn. Het verschil tussen "recht" en "wet" komt evenwel enkel voor in de authentieke Franse tekst ; de authentieke Engelse tekst spreekt in beide gevallen van "law". Voor KAISER, Das europäische Übereinkommen, 148-149 zou het daarenboven onlogisch zijn wanneer partijen de handelsgebruiken als beslechttingsnormen kunnen aanduiden ; art. VII, lid 1 in fine bepaalt immers dat de arbiters in elk geval met de handelsgebruiken rekening moeten houden. M.i. is er evenwel een verschil tussen "rekening houden" en toepassen als autonome beslechttingsnorm : in het eerste geval geldt het handelsgebruik in de mate het aan te wenden recht dit toelaat ; in het andere geval zou het zelfs tegen dwingende rechtsbepalingen in kunnen gelden.

deze aangevuld moet worden met bepaalde handelsgebruiken, incorporeren deze in hun overeenkomst. De handelsgebruiken gelden dan als contractuele normen. Anderzijds kunnen partijen hun arbiters ook in de arbitrage-overeenkomst opdragen om volgens de handelsgebruiken te beslechten. In dit geval is het de contractuele opdracht van de arbiters om de handelsgebruiken aan te wenden.

182. Tenslotte kunnen de arbiters een handelsgebruik toepassen omdat het aangewend rechtssysteem zo voorschrijft (1). De arbiters van de I.K.K. (2) of van de Sovjet Arbitrage-commissie (3) passen bijv. meestal een handelsgebruik toe omdat het aangewend rechtssysteem dit mogelijk maakt. Ook bij de Oost-Duitse en Poolse arbitrage-commissies bepaalt het arbitragereglement dat het toepasbare recht aanduidt of een handelsgebruik als norm mag toegepast worden (4). Weliswaar stelt art. VII, lid 1 van het Europees Verdrag enerzijds dat partijen of arbiters een recht moeten aanduiden en schrijft het de arbiters anderzijds voor om rekening te houden met de handelsgebruiken. De meeste auteurs zien in deze laatste bepaling evenwel slechts een bevestiging dat de handelsgebruiken moeten ingeschakeld worden in een rechtssysteem waardoor zij als rechtsnorm kunnen gelden (5).

Doorgaans kent het rechtssysteem normatieve kracht toe aan een handelsgebruik omdat partijen stilzwijgend zouden overeenkomen dat handelsgebruiken hun overeenkomst aanvullen (6). Een enkele maal vermelden

(1) Bijv. "... ein Handelsbrauch ..., der gemäss § 346 HGB auch im vorliegenden Rechtsstreit zu berücksichtigen ist ..." (Hamburgse Wol-arbitrage, 27 januari 1967, KRAFZIK, Spruchpraxis, 85).

(2) DERAIS, Rev. Arb. 1973, 139-140.

(3) Cfr. RAMSAIZEW, Aussenhandelsarbitrage in der UdSSR, 22.

(4) D.D.R. : arbitragereglement, § 27, lid 2 ; Polen : arbitragereglement, § 29.

(5) Bijv. KAISER, Das europäische Ubereinkommen, 148-149 ; MEZGER, 29 RabelsZ. (1965), 280 ; MONACO, Droit applicable, 338.

(6) Cfr. Eenvormige wet inzake de internationale koop van roerende lichamelijke zaken, art. 9, lid 1 (Belg. Staatsblad 14 januari 1971, 388).

Belgisch en Frans B.W. art. 1135, 1160 e.a. ATIYAH, P., An introduction to the law of contract, Oxford 1971, 149.

DE PAGE, H., Traité élémentaire de droit civil belge, deel 1, Brussel 1962, nr. 187 ; MARTY, G. en RAYNAUD, P., Droit civil, deel I ; Parijs 1972, nr. 114-114bis ; PEDAMON, P., art. cit., 342 ; WORTLEY, B.A., Mervantile usage and custom, 24 RabelsZ. (1959), 259-269.

de arbiters trouwens dat zij een handelsgebruik aanwenden omdat partijen hiernaar stilzwijgend zouden verwezen hebben :

"Attendu ... qu'il est unanimement admis que les usages anciens, constants et bien établis, sont assimilables à une convention tacite ;" (1).

§ 4. De rol der handelsgebruiken

183. In de meeste gevallen vullen de handelsgebruiken de overeenkomst aan. Enerzijds laat het handelsgebruik toe om de betekenis van een contractuele term of beding te achterhalen. Deze krijgt dan de inhoud die zij in het betrokken handelsmilieu gewoonlijk bezit.. Aldus worden de woorden, gewisseld tussen twee kooplieden, gesitueerd in een handelsmilieu dat er betekenis aan geeft. Anderzijds verplicht het handelsgebruik partijen ook tot wat niet uitdrukkelijk bedongen is.

Het is niet de bedoeling te onderzoeken in welke gevallen een handelsgebruik als beslechtingsnorm kan dienen. Drie groepen van telkens twee arbitrale uitspraken tonen trouwens aan hoe gevarieerd de handelsgebruiken als beslechtingsnorm zijn.

In de eerste twee uitspraken, door Hamburgse arbiters geveld, gaat het om een meningsverschil over de vraag of de plaatsnaam, waarmee noten aangeduid worden, tevens een kwaliteit aanduiden. De uitspraken resulteren evenwel in tegenstrijdige gevolgen.

In een geschil oordeelden Hamburgse arbiters dat de term "Zuid-Egyptisch enkel de afkomst, en niet de kwaliteit bepaalde (2). In een ander geschil, waarvan de feiten illustratief zijn, werd evenwel het tegendeel besloten. Een Duitse firma bestelde bij een Turkse onderneming "Ordu" hazelnoten om te verwerken in notenchocolade. De geleverde zakken vermeldten evenwel "Unye". De koper verklaarde dat niet de afgesproken "Ordu"-noten geleverd waren. De Turkse verkopers voerden evenwel aan dat "Unye" in hetzelfde bestuursgebied lag als "Ordu". De arbiters vertrokken van de vaststelling dat alle hazelnoten uit het oostelijk

(1) Antwerpse Arbitrage- en Verzoeningskamer voor Granen en Zaden, nr. 1203.

(2) Uitspraak eigen documentatie.

gedeelte van het Zwarte Zee-gebied als "Ordu"-noten bestempeld werden - ongeacht de plaats waar zij werkelijk vandaan kwamen. Deze "Ordu"-noten hebben alle een gelijke vorm en grootte. Hierdoor zijn zij bijzonder geschikt voor verwerking in notenchocolade. De noten van "Unye", ongelijk van grootte, zijn hiervoor echter niet geschikt. Om deze reden, zo oordeelden de arbiters, ontstond het handelsgebruik dat noten uit "Unye" niet als "Ordu"-noten beschouwd worden (1). Kortom, de arbiters oordeelden dat "Ordu" geen oorsprong, maar kwaliteit aanduidde.

De twee volgende uitspraken zijn arbitrages van de Antwerpse en Hamburgse arbitrage-instellingen voor de graanhandel. Beide instellingen, in éénzelfde bedrijfstak maar ruim zeshonderd kilometer van elkaar, erkennen eenzelfde handelsgebruik.

Graanhandelaars bedingen uiteraard een specifieke kwaliteit voor het te leveren graan. Er bestaan evenwel verscheidene methoden om na te gaan of het graan de vereiste zuiverheid en kiemkracht bezit. Eén dezer methoden is deze van de "European Brewery Convention". De overeenkomsten, die de arbiters moesten beoordelen, vermeldten evenwel niet volgens welke methode de kwaliteit van het graan gecontroleerd diende te worden. Zowel de Antwerpse Arbitrage- en Verzoeningskamer voor Granen en Zaden (2) als de Hamburgse Getreide-arbitrage (3) erkenden dat de methode, die door de "European Brewery Convention" ingevoerd werd, uitgegroeid is tot een handelsgebruik inzake kwaliteitscontrole.

De handelsgebruiken kunnen tevens de omvang der schadevergoeding voor contractuele wanprestatie bepalen. Ook hier gelden handelsgebruiken over de landsgrenzen heen.

Wanneer de koper onrechtmatig weigert de waren in ontvangst te nemen en de prijs te betalen, gaat de koop niet door. De verkoper kan dan de winst die hij door het wegvallen van de transactie derft op de koper verhalen. De grootte van de gederfde winst kan door handelsgebruiken bewezen worden.

Exportles verkocht twee ladingen hout aan Lemayer (België). Om redenen die hier buiten beschouwingen gelaten kunnen worden, werd de overeenkomst ten laste van Lemayer verbroken. Exportles vorderde voor de Sovjet Arbitrage-commissie de vergoeding voor de winstderving. De arbiters vonden dat een handelsgebruik van de internationale handel

(1) Hamburgse arbitrage, geciteerd door KRAFZIK, Spruchpraxis, 93.

(2) Uitspraak nr. 42 452.

(3) Uitspraak (1969) AZ DNV 591/69, geciteerd door KRAFZIK, Spruchpraxis, 91.

de gedeelde winst op 10 % van de verkoops waarde der goederen schatte (1). Ook de Joegoslaafse Arbitrage-commissie oordeelde dat het een algemeen gebruik van de internationale handel was om de vergoeding voor winstderving te schatten op 10 % van de waarde van de niet-geleverde goederen (2).

§ 5. De "Lex Mercatoria"

184. Wie de rol der handelsgebruiken bij de arbitrale beslechting bespreekt, kan moeilijk voorbijgaan aan het fenomeen van de "lex mercatoria".

Het vertrekpunt voor de "lex mercatoria" is de vaststelling dat de internationale handel grotendeels geregeld wordt door normen zoals handelsgebruiken, standaard-overeenkomsten, algemene voorwaarden, algemene rechtsbeginselen en billijkheid, welke niet afkomstig zijn van de nationale wetgever. Hierin zien enkele hedendaagse auteurs de kiemen voor een nieuw anationaal handelsrecht, de "lex mercatoria", dat buiten de staat gevormd is en leeft. De "lex mercatoria" zou bestaan uit handelsgebruiken, uit algemene rechtsbeginselen en uit billijkheidsoverwegingen. Alhoewel dit recht nog niet tot een volledig rechtssysteem uitgegroeid is, zou het zich voortdurend ontwikkelen (3).

(1) Exportles t. Lemayer, C.A.C. nr. 40.

(2) Uitspraak 1 april 1966, geciteerd door VARADY, Jug. Rev. Med. Pravo 1970, 357.

(3) Zie bijv. BOCKSTIEGEL, Der Staat, 136 ; FAZZALARI, Arbitrage commercial Minoli, 166 ; FOUCHARD, Arbitrage, nr. 576-586 ; GAL, I., The commercial law of nations and the law of international trade, 6 Corn. Int. 'l. L. J. (1972), 55-75, 64-75 ; GOLDMAN, 109 RdC (1963, II), 475 ; GOLDMAN, Frontières du droit et "lex mercatoria", IX Archives de philosophie du droit, (1964), 177-192 ; GOLDMAN, B., Le contrat international in Renaissance du phénomène contractuel, Luik 1971, 473-474. GOLDSTAJN, A., The new law merchant, Journal of Business Law 1961, 12 e.v. ; GOLDSTAJN, A., The new law merchant reconsidered, in Law and International Trade, Festschrift Schmitthoff, Frankfurt 1973, 172-185 ; KAHN, Ph., "Lex mercatoria" et pratique des contrats internationaux : l'expérience française, in Le contrat économique international, Brussel-Parijs 1975, 171-211 ; LANGEN, Transnational commercial law, 21, waarin de auteur gedeeltelijk zijn vroegere opvattingen afzweert ; (zie tevens p. 11) ; REIMANN, Zur Lehre vom "rechtsordnungslosen" Vertrag, 25-26 ; SCHMITTHOFF, Unification of the law of international trade ; 28 RabelsZ. (1964), 47-77 ;

De auteurs zijn het in feite nog niet eens over de naam van dit anationaal en internationaal recht. Goldman sprak aanvankelijk eenvoudig over een "droit commun du commerce international" (1). Fouchard zag vooral "een recht dat buiten het staatsbestel tot stand komt ; hij noemde het een "droit anational" (2). Goldstajn heeft het gewoon over een "new law merchant" (3). Sommigen zien dit recht echter als een heropleving van het Romeinse "ius gentium", dat de verhoudingen tussen de vreemdelingen regelde (4). Anderen vergelijken dit handelsrecht evenwel met het uniforme recht der Middeleeuwen dat, ongeacht de verbroekeling in heerlijkheden, tussen de Europese kooplui gold. Voor hen is het anationale en internationale handelsrecht een nieuwe "lex mercatoria" of "ius mercatorium" (5). De term "lex mercatoria" lijkt het best ingeburgerd (6). Het is deze term die wij verder zullen gebruiken.

Er zou een wezenlijke band bestaan tussen de "lex mercatoria" en de handelsarbitrage. Enerzijds zou de transnationale handelsarbitrage beletten dat rechters uit verscheidene landen uiteenlopende interpretaties aan eenzelfde handelsgebruik verlenen en dat zij het anationaal karakter van het handelsgebruik ondermijnen (7). Aldus waakt de arbitra-

.../...

SCHMITTHOFF, 17 I.C.L.Q. (1968), 551-570 ; SCHMITTHOFF, International Business Law : a new law merchant, 2 Current Law and Social Problems 1961, 131 e.v., vooral 149-152.

Zie voor een verdere bibliografie : FABRICIUS, F., Internationales Handelsrecht und Weltfrieden, in Law and International Trade, Festschrift Schmitthoff, Frankfurt 1973, 101-144, 140-141.

- (1) GOLDMAN, 109 RdC (1963, II), 475.
- (2) FOUCHARD, Arbitrage, nr. 577.
- (3) GOLDSTAJN, A., art. cit.
- (4) Zie bijv. DAVID, Festschrift Ficker, 136 ; GOLDMAN, B., Le contrat international, art. cit., 478.
- (5) RUBELLIN-DEVICHI, Arbitrage. Nature juridique, nr. 173 ; SCHMITTHOFF, 28 RabelsZ. (1964), 47-77. Zie evenwel LIPSTEIN, K., The general principles of private international law, 135 RdC (1972, I), 97-229, 126-127.
- (6) RIGAUX, F. (België) (88 ; 438, 446), LEW, J. (Engeland) (153-154, 165), CAPATINA, C., (Roemenië), (252-253, 260), KAHN, Ph., (Frankrijk) (171-211) gebruiken allen de term "lex mercatoria" in Le contrat économique international, Brussel-Parijs 1975.
- (7) DERAINS, Rev. Arb. 1973, 123 ; LEVEL, P., Le contrat dit "sans loi", Trav. Com. Fr. Dr. Intern. Pr. (1964-1966), 215. Zie evenwel KAHN, Ph., art. cit., 209, die stelt dat de rol der arbitrage beperkt is voor de uitbouw van de "lex mercatoria". Weinig arbitrale uitspraken, die overigens meestal niet gepubliceerd worden, bestaan.

ge erover dat internationale handelsgebruiken niet tot regionale gebruiken verzinken. Anderzijds zou het de arbitrage zijn die de nationale normen van de "lex mercatoria" de mogelijkheid biedt om buiten het aantrekkingsveld van de nationale rechtsorde te blijven. De rechter heeft tot taak over de naleving van het nationale, forale recht te waken. Derhalve incorporeert hij alle beslechtingsnormen in het foraal rechtssysteem. De arbiter is daarentegen niet de hoeder van een nationaal rechtssysteem (1). Hij moet de beslechtingsnormen niet in een nationaal recht situeren. Het is derhalve enkel door de arbiter dat de "lex mercatoria" - als systeem los van het nationale recht - kan erkend, ontwikkeld en afgedwongen worden (2).

Een I.K.K.-uitspraak illustreert hoe een arbiter de "lex mercatoria", bestaande uit handelsgebruiken, algemene rechtsbeginselen en billijkheid, toepaste (3).

"Toute transaction commerciale est fondée sur l'équilibre des prestations réciproques et nier ce principe reviendrait à faire du contrat commercial un contrat aléatoire, fondé sur la spéculation ou le hasard. C'est une règle de la lex mercatoria que les prestations restent équilibrées sur le plan financier ...

-
- (1) GOLDSTAJN, A., The new law merchant reconsidered, art. cit., 182.
- (2) DERAIS, Rev. Arb. 1973, 131 ; FOUCHARD, Arbitrage, nr. 580 ; FRAGISTAS, R.C.D.I.P. 1960, 15-17 ; GOLDMAN, 109 RdC (1963, II) 477 ; GOLDMAN, B., Frontières du droit et "lex mercatoria", art. cit., 177-178, 183, 192; GOLDMAN, B.: Le contrat international, art. cit., 473-474 ; GOLDSTAJN, A., The new law merchant reconsidered, art. cit., 175, 177, 182-183 ; KITAGAWA, Arbitrage commercial Minoli, 259 ; RUBELLIN-DEVICHI, Arbitrage, Nature juridique, nr. 167 ; SCHMITTHOFF, 28 RabelsZ. (1964), 72 ; VON HOFFMANN, Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, 127. WENGLER, R.G.D.I.P., 1972, 323 stelt echter dat een norm slechts rechtswaardig is wanneer zij op een juridische wijze beschermd wordt, nl. wanneer een partij, die weigert de norm te erkennen, getroffen kan worden in goederen of rechten die haar door dezelfde rechtsorde toegekend worden. Bijna nooit zal de arbiter zelf de naleving van de uitspraak afdwingen ; dan zal een beroep op de rechter vereist zijn. De beslechtingsnormen, die de arbiter aanwendt, worden derhalve uiteindelijk door de rechter gesanctioneerd. Derhalve zou de "lex mercatoria" slechts door de arbiters kunnen toegepast worden wanneer ook de rechter die normen erkent.
- (3) I.K.K. nr. 2291.

Les conventions doivent s'interpréter de bonne foi, chaque partie ayant l'obligation d'avoir à l'égard de l'autre un comportement qui ne puisse lui nuire et la renégociation raisonnable étant coutumière dans les contrats économiques internationaux...

Les parties doivent faire preuve d'une diligence normale, utile et raisonnable dans la sauvegarde de leurs intérêts, notamment en veillant à ne pas faire des offres hâtives, non raisonnées, susceptibles de surprendre le cocontractant".

185. Kan de "lex mercatoria" volstaan als bron van arbitrale beslechtingsnormen? Meerdere redenen nopen ons hieraan te twijfelen.

In de eerste plaats lijkt het bestaan van een normensysteem voor de internationale handel onzeker.

De "lex mercatoria" zou het recht zijn van de internationale gemeenschap van kooplui. Zij zou grotendeels bestaan uit de handelsgebruiken van deze gemeenschap. Welnu, in werkelijkheid bestaat er niet één, maar talrijke handelsmilieus, die elk hun eigen normen hebben (1). De markt der landbouwprodukten, deze van de energiestoffen, deze van de produktiegoederen, deze van het geldwezen, enz. hebben elk eigen gebruiken. Trouwens elk branche kan nog onderverdeeld worden: zo moet men bij de landbouwprodukten een onderscheid maken tussen de handel in oliën, zaden, granen, suiker, enz.. Bovendien is de geldingssfeer van handelsgebruiken geografisch beperkt (2). Tenslotte zijn er talrijke sectoren van de internationale handel, die niet over eigen

(1) FOUCHARD, (Arbitrage, nr. 577) vangt deze realiteit poëtisch op: "(Le droit anational) se forme, s'applique, se sanctionne en dehors, en marge des cadres et des autorités étatiques, à l'intérieur de groupes humains plus vastes et plus réduits à la fois, qui ne se constituent pas au sein d'une nation, mais d'une ou plusieurs professions ou corporations, et plus largement d'une "communauté internationale des commerçants".

(2) De olieconcessies in het Midden Oosten worden bijv. door andere gebruiken aangevuld dan deze van het Amerikaanse continent (zie DE LAUME, B.T.I.R. 1968, 355). In de Aramco-arbitrage legden de arbiters er trouwens de nadruk op dat de Amerikaanse handelsgebruiken inzake olieconcessies als beslechtingsnorm relevant waren (R.C.D.I.P. 1963, 318).

handelsgebruiken beschikken (1).

Binnen de "lex mercatoria" zouden de handelsgebruiken aangevuld worden door algemene rechtsbeginselen en billijkheidsoverwegingen. Hierdoor zou de "lex mercatoria" tot een omvattend normengeheel uitgebouwd worden. Deze algemene rechtsbeginselen en billijkheidsoverwegingen zijn evenwel vaak te vaag om een werkelijke leidraad te verschaffen.

Tenslotte zijn handelsgebruiken, de standaard-overeenkomsten en de algemene voorwaarden, die bij internationale transacties aangewend worden, veelal dezelfde als deze die voor de inlandse handel relevant zijn. Een graanhandelaar in Hamburg zal dezelfde documenten aanwenden en dezelfde handelsgebruiken van toepassing menen, ongeacht of het graan in München of in Brussel geleverd moet worden. De "lex mercatoria" wordt daarentegen voorgesteld als het recht van de internationale handel, soms zelfs als het recht van grote transacties tussen grote ondernemingen (2). Het lijkt evenwel ongefundeerd te stellen dat de inlandse handel (en de internationale transacties tussen kleine ondernemingen) volgens het nationale recht moeten beoordeeld worden terwijl de internationale transacties (eventueel tussen grote ondernemingen), waarop dezelfde normen van toepassing zijn, door een "lex mercatoria" zouden beheerst worden. Bovendien moet de "lex mercatoria" in elk geval aangevuld worden door andere normen. De "lex mercatoria" kan immers de aanwending van het nationale recht niet uitsluiten voor problemen waarvoor de billijkheid niet richtinggevend is, waarvoor geen handelsgebruiken bestaan of die in de verscheidene rechtssystemen te verscheiden worden geregeld opdat terzake van algemene rechtsbeginselen zou kunnen gesproken worden. Zo zullen arbiters een beroep moeten doen op een specifiek nationaal recht om de bekwaamheid tot contracteren, de overdracht van zakelijke rechten, de verjaringstermijnen, de intrest-percentages of de omvang der vrijwaringsplicht te bepalen (3).

(1) LOUSSOUARN, Y. en BREDIN, J.D., Droit commercial international, Parijs 1969, nr. 36.

(2) Bijv. GOLDMAN, B., Le contrat international, art. cit., 479-480.

(3) Zie bijv. FOUCHARD, Arbitrage, nr. 534 ; GOLDMAN, 109 RdC (1963, II), 479 ; GOLDMAN, B., Frontières du droit et "lex mercatoria", art. cit., 184 ; VON HOFFMANN, Internationale Handelsschiedsgerichtbarkeit, 127.

Zelfs de meest fervente verdedigers van de "lex mercatoria" erkennen overigens dat deze in een bestaand rechtssysteem moet ingeschakeld worden (1). De "lex mercatoria" lijkt een, trouwens omstreden (2), uitvinding van de rechtsleer. Wat haar juiste inhoud is blijft een vraag. Hoe zij zich tot de traditionele rechtssystemen verhoudt blijft bij vele auteurs minstens dubbelzinnig. Partijen kunnen evenwel voor een "lex mercatoria", een "ius gentium", een "internationaal handelsrecht" opteren. Voor de arbiters staat dan vast dat de partijen verlangen dat een geschil zoveel mogelijk beslecht wordt volgens de normen en handelsgebruiken die bij internationale transacties gelden. Slechts indien deze niet volstaan, zouden de arbiters normen in het nationale of internationale recht moeten zoeken (3).

§ 6. De arbitrage naar billijkheid en de handelsgebruiken

186. De arbiter, die naar billijkheid oordeelt, mag niet willekeurig en normenloos beslissen ; hij moet de meest aangepaste en adequate normen aanwenden (4). Anderzijds zijn handelsgebruiken de normen die de

-
- (1) Zie bijv. GOLDSTAJN, A., The new law merchant reconsidered, art. cit., 178 : "Therefore we find it justified that within the framework of municipal law the autonomous law of trade can be negatively defined as the law which does not derive from the law-maker" ; tevens 183-184.
SCHMITTHOFF, Unification of the law of international trade, 6 ; SCHMITTHOFF : 28 RabelsZ. (1964), 60-61 ; SCHMITTHOFF : 17 I.C.L.Q. (1968), 563 ; GAL, I, art. cit., 67.
- (2) Zie bijv. KAISER, Das europäische Ubereinkommen, 5 ; KALENSKY, P., Le contrat international, in Renaissance du phénomène contractuel, Luik 1971, 410 ; KEGEL, G., The crisis of Conflict of Laws, 112 RdC (1964, II), 95 ; MANN, International Arbitration Domke, 160 ; MUNZBERG, Die Schranken der Parteivereinbarungen, 75-79 ; RABEL, E., Das Recht des Warenkaufs, deel I, Berlijn en Leipzig 1936, 36-39 ; VAN HECKE, G., Principes et méthodes de solution des conflits de lois, 126 RdC (1969, I), 465-466.
- (3) Zie LANGEN, Transnational commercial law, 32-33 ; DELAUME, B.T.I.R., 1968, 363.
- (4) FOUCHARD, Arbitrage, nr. 582 ; KAISER, Das europäische Ubereinkommen, 152.

handelswereld als geschikt en billijk aanziet. De handelsarbiter naar billijkheid zal derhalve vaak een aangepaste en adequate beslechttingsnorm vinden in het handelsgebruik (1). Zijn bijzondere aandacht moet naar deze bron van beslechttingsnormen uitgaan.

Vaak opteren partijen voor een arbitrage naar billijkheid omdat zij anationale beslechttingsnormen wensen. Handelsgebruiken ontstaan buiten de nationale wetgever om. Derhalve kunnen handelsgebruiken de anationale beslechttingsnormen zijn, die de partijen bedoelen door een arbitrage naar billijkheid te kiezen. De arbitrage naar billijkheid is evenwel niet gelijk aan de arbitrage naar handelsgebruiken. Het Europees Verdrag maakt trouwens een onderscheid tussen de algemene regel, dat de arbiters volgens de handelsgebruiken dienen te beslissen (art. VII, lid 1), en de mogelijkheid dat zij als "amiable compositeurs" zouden beslechten (art. VII, lid 2). In het eerste geval laat de arbiter zich o.m. leiden door de gebruiken van het handelsmilieu, die er uiteraard als billijk aanvoeld worden. In het tweede geval steunt hij zich op zijn eigen billijkheidsgevoelen en tracht aldus een rechtvaardige beslissing te treffen. De arbiter, die naar billijkheid beslechttingsnormen zoekt en aanwendt, zal echter vaak in de handelsgebruiken de geschikte beslechttingsnormen vinden.

(1) FOUCHARD, Arbitrage, nr. 582 ; GOLDMAN, Arbitrage (Droit international privé), nr. 229 ; Cfr. Beroep Gent 8 juni 1951, R.C.J.B. 1951, 252 ; RG. 19 november 1929, Int. Jhrb. Schw. III, 328 ; Beroep Parijs 4 februari 1966, Rev. Arb. 1966, 27.

HOOFDSTUK IV

HET NATIONAAL RECHT

187. De billijkheid is de geschikt richtlijn voor de arbitrale beslechting ; de contractuele bedingen en de handelsgebruiken zijn aangewezen beslechtingsnormen. Niet steeds kan de arbiter met deze navigatiemiddelen de geschikte koers varen. Het nationale recht biedt daarentegen de beste garantie om een relevante beslechtingsnorm te bevatten. Het "Duits", "Frans" of "Engels" recht bijv. wordt weliswaar geassocieerd met het geheel van wetten die de Duitse, Franse of Engelse wetgever uitvaardigde en met de uitspraken die de rechters er velden. Ook de billijkheid, de contractuele bedingen en de handelsgebruiken hebben evenwel hun plaats in het nationaal recht. Het nationaal recht is een levend systeem met een hiërarchie tussen de normen en met een wetgever en rechter om dit systeem uit te bouwen.

Het is duidelijk dat het nationale recht bij de arbitrale beslechting een belangrijke rol speelt (§ 1). Enkele vragen dienen echter opgehelderd. Hoe kunnen de arbiters de inhoud van de rechtsnormen kennen (§ 2) ? Hoe worden nationale rechtsregels arbitrale beslechtingsnormen (§ 3) ? In welke mate laat de billijkheid de arbiter toe om een norm van nationaal recht, die hij zou moeten aanwenden, terzijde te laten (§ 4) ? Tenslotte kan er bij overeenkomsten tussen staten en buitenlandse investeerders een specifiek probleem rijzen. Deze overeenkomsten kunnen vermelden dat zij niet geraakt zullen worden door de wetten van de staat-partij, welke onverenigbaar zijn met de contractuele bepalingen, of dat het recht zal gelden, zoals het bestaat bij het afsluiten van de overeenkomst. Hoe moet men dergelijke bedingen appreciëren (§ 5) ?

§ 1. De transnationale handelsarbitrage en het nationale recht

188. De voorstanders van het "anationale" karakter van de transnationale handelsarbitrage beweren dat de arbiters de beslechting moeten

losweken van het nationale recht om anationale normen, zoals de "lex mercatoria", aan te wenden. De feiten geven hen echter geen gelijk.

189. Uit arbitragewetten, -verdragen en -reglementen kan men integendeel afleiden dat de handelsarbiters in principe verondersteld is volgens een nationaal recht te oordelen.

Sommige arbitragewetten vertrekken van de veronderstelling dat de arbiters volgens de normen van een nationaal recht beslechten.

De Belgische en Franse arbitragewet bepalen dat de arbiters in principe volgens de "regelen des rechts" moeten oordelen (1). Het lijkt logisch dat de wetgever, die vooral de inlandse arbitrage voor ogen had, met "regelen des rechts" het eigen nationaal recht bedoelde.

Door de "special case" beantwoordt de Engelse rechter vragen van Engels recht (2). Deze "special case", die bij elke arbitrale procedure in Engeland mogelijk is, heeft evenwel slechts zin, indien de arbiters beslechten volgens het Engelse recht.

Art. 42 van de Wereldbank-Conventie inzake de beslechting van investeringsgeschillen tussen een staat en een onderdaan van een andere staat lijkt er eveneens van uit te gaan dat de arbiters een nationaal recht moeten aanwenden :

"Het Scheidsgerecht beslist over een geschil in overeenstemming met zodanige rechtsregels als door partijen zal zijn overeengekomen. Bij gebreke aan zulk een overeenstemming past het Scheidsgerecht het recht toe van de Verdragsluitende Staat, die partij is bij het geschil ..." (3).

(1) Franse Code proc. civ. act. 1019 ; Belg. Ger. Wetb. art. 1700.

(2) Zie nr. 71-73.

(3) Voor FISCHER (Konzession, 429-430) kunnen de partijen een nationaal recht aanduiden als normen, die de overeenkomst slechts aanvullen. PIRRUNG (Schiedsgerichtsbarkeit nach dem Weltbankübereinkommen, 152) meent daarentegen dat dit nationale recht de overeenkomst beheerst ; aldus zouden contractuele bedingen moeten wijken voor de dwingende normen van dit nationaal recht.

De rechtsleer lijkt te aanvaarden dat partijen tot een Wereldbank-arbitrage ook een niet-nationaal recht (bijv. de algemene rechtsbeginselen) kunnen aanduiden (1). De geldigheid van dergelijke aanduiding, evenals andere vragen, zoals inzake de bekwaamheid en bevoegdheid der partijen, de wilsovereenstemming enz., zouden evenwel steeds volgens een nationaal recht dienen beoordeeld te worden (2). Trouwens in elk geval noopt de tweede zin van dit art. 42 - dat de rechtskeuze bespreekt in de hypothese dat partijen geen recht aanduiden - de arbiters om een nationaal recht aan te wenden.

Art. VII van het Europees Verdrag inzake de internationale handelsarbitrage lijkt trouwens ook te bevestigen dat de arbiters moeten oordelen volgens een nationaal recht.

"De partijen zijn vrij te bepalen welk recht de scheidslieden moeten toepassen t.a.v. de grond van het geschil. Wanneer de partijen niet hebben aangegeven welk recht moet worden toegepast, passen de scheidslieden de wet toe aangewezen door de conflictenregel die ze ter zake passend achten. In beide gevallen houden de scheidslieden rekening met de bedingen van het contract en de handelsgebruiken".

Weliswaar benadrukt dit citaat in fine nog eens extra dat de contractuele bedingen en de handelsgebruiken relevante beslechtingsnormen kunnen zijn. Als algemene regel - zo wordt meestal door de commentatoren aanvaard - stelt het artikel evenwel dat de arbiters een nationaal recht moeten aanwenden (3).

-
- (1) BROCHES, 136 RdC (1972, III), 389 ; GOLDMAN, Le droit applicable selon la Convention de la BIRD, 145 ; ICSID Clauses recording consent to the jurisdiction, nr. 5, 17 ; menen bijv. dat een keuze van "algemene rechtsbeginselen" door de partijen moet erkend worden. Contra PIRRUNG, Schiedsgerichtsbarkeit nach dem Weltbankübereinkommen, 152-153.
 - (2) Zie PIRRUNG, Schiedsgerichtsbarkeit nach dem Weltbankübereinkommen, 153.
 - (3) Bijv. BULOW, AWD 1961, 144 e.v. ; BENJAMIN, Brit. YB. Int. L. 1961, 492 ; KAISER, Das europäische Übereinkommen, 148-150 die de formulering van art. VII evenwel afkeurt ; LUZZATO, Rivista di diritto internazionale privato e processuale 1971, 75 ; MEZGER, 29 RabelsZ. (1965), 280. Contra evenwel GENTINETTA, Lex Fori, 329 ; KOPELMANAS, A.F.D.I. 1961, 339-341 ; VON HOFFMANN, Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, 125-128.

Art. 38 van het E.C.E.-arbitragereglement, art. 27 van het UNCITRAL-ontwerp voor arbitragereglement en art. 13, leden 3 en 5 van het I.K.K.-arbitragereglement zijn een vrije weergave van art. VII van het Europees Verdrag. Bijgevolg kan men aanvoeren dat deze arbitragereglementen eveneens veronderstellen dat de arbiters in de regel een nationaal recht moeten aanwenden (1).

Enkele arbitragereglementen bepalen bovendien ondubbelzinnig dat de arbiters een nationaal recht moeten toepassen (2).

190. In talrijke arbitrages is het klaar dat de beslechting op een of ander nationaal recht steunt.

De arbiters passen nationaal recht toe omdat de partijen in transnationale handelsovereenkomsten vaak het nationaal recht aanduiden dat hun overeenkomst dient te beheersen (3). Noch de omstandigheid dat de overeenkomst een arbitraal beding bevat, noch het feit dat een geding later door arbiters beslecht wordt, ontnemt aan een rechtsaanduiding haar rechtskracht (4). Partijen duiden trouwens onrechtstreeks een

.../...

In werkelijkheid stelde het ontwerp van art. VII het tegenovergestelde voorop, nl. dat de arbiters niet volgens een nationaal recht dienden te beslissen. Deze tekst bleek echter niet haalbaar (KAISER, Das europäische Ubereinkommen, 150).

- (1) Voor EISEMAN (D.P.C.I. 1975, 362) kunnen de partijen bij een I.K.K.-arbitrage een "droit", dwz. een niet-nationaal recht, aanduiden, terwijl de arbiters bij gebrek aan dergelijke aanduiding "une législation nationale" moeten aanwenden.
- (2) Bijv. Arbitrage-commissie van de D.D.R. (§ 27) ; maritieme arbitrage te Gdynia (§ 28) ; United Kingdom Jute Goods Association (art. 2) ; Deutscher Ausschuss für Schiedsgerichtswesen (§ 15) ; Bremer Baumwollbörse (§ 1, III).
- (3) Aramco t. Saoedi-Arabië, R.C.D.I.P. 1963, 272, 304. I.K.K. nrs. 1776, 1784, 2262 ; 2511, 2543.
Tsjechoslovaakse arbitrage-commissie nr. 62/66, Clunet 1969, 178.
Roemeense arbitrage-commissie nr. 42/65, Clunet 1971, 624. Zie tevens STUMPF, H. en LINDSTAEDT, W., Vereinbarungen über das anzuwendende Recht und das zuständige Schiedsgericht in Handelsverträgen mit osteuropäischen Ländern, AWD 1972, 228-230.
- (4) Zie deel III, hoofdstuk 1.

nationaal recht aan, wanneer zij een arbitrage-instelling aanstellen waarvan het reglement de arbiters verplicht een bepaald recht toe te passen. Bovendien kunnen zij, ook nadat het geschil gerezen is, in de overeenkomst tot arbitrage en de arbitrage-overeenkomst afspreken volgens welk nationaal recht de arbiters moeten beslechten (1). Zelfs tijdens de arbitrale beslechting kunnen de partijen een akkoord treffen over het recht dat zij door de arbiters willen aangewend zien (2). Een nationaal recht wordt trouwens niet enkel in handelsovereenkomsten tussen privaatrechtelijke personen aangeduid, maar ook in overeenkomsten tussen staten of met de staat verbonden entiteiten en buitenlandse investeerders (3). Ook in overeenkomsten met internationale organisaties wordt het nationaal recht aangeduid (4).

Ook zonder rechtsaanduiding van partijen passen de arbiters vaak een nationaal recht toe. Uit een persoonlijke analyse van uitspraken van transnationale handelsarbitrages, gevelde door de Internationale Kamer van Koophandel of door Engelse, Belgische, Duitse of Franse instellingen, blijkt dat arbiters in zeer talrijke gevallen wetten, rechtspraak en rechtsleer uit een nationaal rechtssysteem aanwenden. Ook Krafzik, die talrijke Hamburgse arbitrage-uitspraken onderzocht, komt tot eenzelfde besluit (5). Dit strookt weliswaar niet met de stelling van

(1) Bijv. I.K.K. nr. 2444 ; 2520.

(2) Bijv. I.K.K. nr. 1784 ; 2262 ; 2290.

(3) Bijv. overeenkomst tussen Union Oil Co. California en YMF (Argentinië), (GOLDSCHMIDT, 136 RdC (1972, II) 275) ; tussen Permina (Indonesië), de Sjeik van Koeweit of Egyptian General Petroleum Co., en oliemaatschappijen (SPOFFORD, 113 RdC (1964, III), 195, 206) ; tussen NIOC en Amerada Hess, Mobil Oil en een Amerikaans-Japans Consortium (OPEC 1971, 84, 117 of 152) ; tussen Griekenland en Litton (8 I.L.M. (1969), 18). Zie bovendien BOCKSTIEGEL, Der Staat, 105-110 ; FISCHER, Konzession, 428, 449-450. Tevens I.K.K. nr. 1776, 1803, 1939, 2168, 2366, 2380.

(4) Bijv. het Engels recht in de overeenkomst tussen de International Refugee Organization en Republic S.S. (93 Federal Supplement 798 (1950)). Zie tevens SEYERSTED, 122 RdC (1967, III), 607 ; VALTICOS, Ann. I.D.I. 1977, nr. 49.

(5) KRAFZIK, Spruchpraxis, 71-76.

auteurs, zoals David, die menen dat de transnationale handelsarbiter geen nationaal recht aanwendt. Uit de meeste uitspraken, kan men weliswaar niet afleiden of al dan niet nationaal recht werd aangewend. Vele uitspraken verklaren evenwel onomwonden dat een nationaal recht toegepast wordt. De wijze, waarop David bijv. zijn opvatting met deze gegevens wil verzoenen, lijkt veeleer een verklaring van onmacht :

"Renonçons aux subterfuges, et n'allons pas nous imaginer que les arbitres statuent conformément à une loi choisie par les parties ou désignée par le système national de conflits qu'ils jugent applicable en l'espèce ! Nous nous sommes débarrassés, sur le plan des droits internes, de telles fictions ... il faut avoir le courage de nous en débarrasser aussi lorsque nous envisageons l'arbitrage" (1).

Handelsarbiters worden trouwens door een resolutie van de Algemene Vergadering der UNO aangemaand om een overeenkomst, waarbij een staat het uitbatingsrecht van zijn natuurlijke rijkdommen afstaat aan een buitenlandse investeerder, te beoordelen volgens het nationaal recht van deze staat (2). Ook zouden zij onteigeningen moeten beoordelen volgens het nationaal recht van de onteigenende staat (3).

191. Arbiters, die verklaren een nationaal recht aan te wenden, passen niet alleen de wet toe. Zij kunnen tevens toegeven aan billijkheids-overwegingen (4). Uiteraard gelden ook de contractuele bedingen krachtens het nationaal recht (5). Bovendien hebben tevens de handels-

(1) DAVID, International Arbitration Domke, 61.

(2) Resolutie nr.1803 inzake de Permanente Soevereiniteit over de Natuurlijke Rijkdommen, art. 3 (57 A.J.I.L. (1963), 710).

(3) Zie Resolutie nr. 3171 van de Algemene Vergadering der UNO (68 A.J.I.L. (1974), 381). Zie tevens UNCTAD-resolutie nr. 88 (11 I.L.M. (1972), 1474) ; Charter van Economische Rechten en Plichten van Staten (14 I.L.M. (1975), 251). Deze teksten verklaren evenwel de rechtbanken van de onteigenende staat, en niet de arbiter, tot beslechten bevoegd.

(4) Bijv. voor toepassing van BGB § 320, uitspraak geciteerd door KRAFZIK, Spruchpraxis, 74.

(5) Bijv. "... que les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites (art. 1134 du Code civil)" (Antwerpse Arbitragekamer voor Granen en Zaden, uitspraak nr. 1203 in beroep) ; Hamburgse arbiters stelden dat de overeenkomst gold krachtens BGB § 145 (KRAFZIK, Spruchpraxis, 74).

gebruiken een plaats in het nationaal recht (1).

§ 2. Het vaststellen van normen van nationaal recht

192. Het nationaal recht bestaat uit wetten en gewoonten, die door rechtspraak en rechtsleer verduidelijkt, verfijnd en aangevuld werden. Alhoewel de bronnen van recht, die elk rechtssysteem kent, soms verschillen, lijkt deze vaststelling voor alle rechtssystemen juist (2). De arbiters kunnen bijgevolg de normen van een nationaal rechtssysteem vinden door zijn wetten, zijn rechtspraak en de rechtsgeleerde bespreking van beiden te onderzoeken. Welk gezag aan elk dezer elementen moet toebedeeld worden heeft elk rechtssysteem voor zichzelf bepaald.

Wat echter indien het nationale recht geen relevante normen verwoord heeft of indien de arbiters over hun inhoud niet zeker zijn? Bij gebrek aan gearticuleerd recht moet de arbiter, geleid door de billijkheid, formuleren wat hij de geschikte norm acht. Zijn streven betreft echter het vinden van een nationale rechtsnorm. Hij helpt enkel verwoorden wat in het nationaal recht nog niet uitgedrukt was; het is niet zijn bedoeling eigen normen, die buiten het nationaal recht staan, te scheppen. De gevonden norm integreert hij in het nationaal recht.

-
- (1) Bijv. "Attendu qu'il est unanimement admis que les usages anciens, constants et bien établis sont assimilables à une convention tacite (Répertoire pratique du droit belge (V^o Vente nr. 460) ... qu'en matière commerciale, plus encore qu'en matière civile, un usage constant, bien établi et général, peut déroger à une règle de droit écrit (De Page, Traité de Droit Civil belge, I, n^o 9)" (Antwerpse Arbitragekamer voor Granen en Zaden uitspraak nr. 1203 in beroep); I.K.K. nr. 1837 stelde dat BGB § 157 de arbiters noopte om met de handelsgebruiken rekening te houden om de inhoud van een overeenkomst te bepalen.
- (2) Bijv. België : DE PAGE, H., Traité élémentaire de droit civil belge, deel I, Brussel 1962, 16-29; VAN GERVEN, W., Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht, Algemeen deel, Antwerpen 1969, 41-50.
Duitsland : LARENZ, K., Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, München 1972, 6.
Engeland : REDMOND, P., General Principles of English law, Londen 1974, 16-29.
Frankrijk : COLIN, A. en CAPITANT, H., Traité de droit civil, deel I, Parijs 1957, 165-182; MARTY, G., en RAYNAUD, P., Droit civil, deel I, Parijs 1972, nr. 77-127.

Het ligt voor de hand dat deze rechtsvinding door de arbiter, zowel voor de arbiter als voor het rechtssysteem, een gewaagde toestand is. Enerzijds is de arbiter, een leek, verplicht normen van een nationaal recht te verwoorden - een taak die normaal aan de nationale wetgever of rechter toekomt - zonder de garantie dat deze normen juist zijn en in het rechtssysteem thuis horen. Anderzijds gaan - eventueel foute-normen van een gepubliceerde arbitrale uitspraak, voortaan door als deel van het nationaal recht. Het zou wellicht beter zijn wanneer de arbiter het vinden en verfijnen van normen van nationaal recht zou kunnen overlaten aan de rechter. Op het eerste gezicht wekt dit verwondering. De partijen hebben de beslechting immers aan een arbiter, en niet aan een rechter, toevertrouwd. Door de overeenkomst tot arbitrage wordt de rechter trouwens onbevoegd om van het geschil kennis te nemen. In enkele gevallen kan de arbiter evenwel aan de rechter (of aan een andere gezagvolle instantie van het nationaal rechtssysteem) naar de inhoud van een norm van dat recht vragen ; hij zal het geschil dan aan de hand van dit antwoord beslechten. Deze consultatie biedt voordelen. De arbiter is zeker dat hij over de juiste norm beschikt vermits zij door een bevoegd orgaan verwoord werd. Anderzijds wordt aldus tevens belet dat een onjuiste rechtsnorm het rechtssysteem zou verstoren. De consultatie veronderstelt evenwel vanwege de rechter en de arbiter een wederzijdse erkenning : de rechter moet aanvaarden dat de arbiter eveneens geschillen beslecht, en hij moet bereid zijn de arbiter hierbij bij te staan ; de arbiter van zijn kant moet inzien dat de rechter, wiens rol hij overneemt, uiteindelijk beter geschikt en geplaatst is om de normen van het nationaal recht te vinden.

Arbiters, die zich onbekwaam achten om een vraag van nationaal recht op te lossen, kunnen pogen deze vraag naar de nationale rechter te refereren.

Zo oordeelden drie I.K.K.-arbiters dat de vraag of een Iraanse vennootschap gebonden was door haar aangestelden, die buiten hun bevoegdheid handelden, niet geschikt was voor arbitrage. Zij verwezen deze vraag naar de Iraanse rechter, vermits het antwoord hierop vereiste.

"extensive investigation and research plus legal interpretations such as usually supplied by the Courts of Iran. The time, money and expertise required for such determination of the validity of the document is not within the competence of the Arbitral Tribunal and must be decided by the Court of Iran".

In hun uitspraak hielden de arbiters rekening met de twee mogelijke antwoorden die de Iraanse rechter zou kunnen geven. Indien de vennootschap niet gebonden werd, was geen schadevergoeding verschuldigd. Voor het geval de rechter daarentegen zou oordelen dat de vennootschap wél gebonden was, bepaalden de arbiters het bedrag der te betalen schadevergoeding (1).

Het hangt evenwel van de rechter af of hij de rechtsvraag beantwoordt. Het gevaar bestaat bovendien dat de rechter het hele geschil wil beslechten - wat indruist tegen de keuze van de arbitrale weg door de partijen. Arbiters, die wegens onkunde nopens het recht de ganse beslechting aan een rechter zouden doorgeven, kunnen m.i. trouwens aansprakelijk gesteld worden wanneer zij hun taak lichtzinnig hebben aanvaard en indien partijen schade ondervonden door deze doorgave.

In welke mate mag de arbiter, naar Engels, Frans, Duits en Belgisch recht, de rechter of een andere bevoegde instantie raadplegen over vragen van nationaal recht? Deze mogelijkheid bestaat in een beperkte mate.

A. De "special case" in Engeland

193. Hoe de Engelse rechter door de "special case" een rechtsvraag voor de arbiter beantwoordt, werd reeds vermeld (2). Deze "special case" vervult een dubbele rol. Enerzijds is zij voor de arbiter een belangrijk hulpmiddel telkens hij zich op onbegane paden van het recht begeeft.

Een "special case" rijst enkel wanneer de arbiters het antwoord op de rechtsvraag, die het geschil stelt, niet in het bestaande, vertrouwde recht vinden. Dit verklaart waarom een arbitrage-instelling, zoals de Incorporated Oil Seed Association, die vooral feitelijke kwaliteitsgeschillen beslecht, slechts één "special case" kende op een zeshonderd gevallen (3). Bij de maritieme arbitrage geeft daarentegen één geval op tien aanleiding tot een "special case": het zeerecht en het recht der zeehandel steunen immers op een complex geheel van normen waarbij

(1) I.K.K. nr. 2378.

(2) Zie nr. 71.

(3) Zie FAURE, 15 I.C.L.Q. (1966), 742.

rechtsvinding en rechtsverfijning steeds noodzakelijk blijven (1).

Van de andere kant biedt de "special case" de rechter de mogelijkheid om rechtsvragen te beantwoorden waarmee hij anders nooit geconfronteerd zou worden. Zo draagt zij bij tot de groei van het Engelse recht. Het Engelse zeerecht, dat als één der meest leidinggevende der wereld beschouwd wordt - vandaar het succes der Engelse maritieme arbitrage -, ontwikkelt zich bijvoorbeeld meestal n.a.v. rechterlijke uitspraken, die op een "special case" antwoorden. Zonder de "special case" zou het zeerecht verstarren en de band met de maritieme wereld verliezen.

De theorie van de "frustration of contracts" illustreert het belang van de "special case" voor de uitbouw van het Engelse recht. Dit belangrijk leerstuk van het Engelse verbintenissenrecht regelt het lot der contractuele verplichtingen wanneer de bedongen prestatie onmogelijk of moeilijk om uitvoeren wordt. Arbiters, die over een "frustration" dienden te oordelen, beschikten over rechtsnormen terzake (2). Na de eerste Suez-oorlog werden arbiters van talrijke arbitrage-instellingen evenwel met een vraag geconfronteerd waarop het bestaande recht geen duidelijk antwoord bood : was de onverhoedse sluiting van het Suez-Kanaal, waardoor schepen onvoorzien de veel langere koers langs de Kaap de Goede Hoop moesten varen, een voldoende reden om de koopovereenkomsten, vervoerovereenkomsten, charters, enz., die door deze gebeurtenis geraakt werden, als "frustrated" te beschouwen ? Telkens legden zij deze rechtsvragen als "special case" aan de rechters voor (3). Hierdoor kregen de rechters kennis van een hele reeks hedendaagse "frustration"-gevallen, welke hen anders waarschijnlijk ontgaan zouden zijn. De rechterlijke uitspraken, die de principen inzake "frustration" aan de arbiters meedeelden, werden bovendien gepubliceerd. Aldus konden arbiters en rechters - bij latere "special cases" - zich naar de preceden-

-
- (1) Zie CLARK, C., Law and arbitration as seen by the maritime arbitrator, Arbitration 1975, 3-9, 5-6.
 - (2) Zie bijv. J.F.J., Arbitration on frustrated contracts, Arbitration 1954, 86-88.
 - (3) Zie bijv. Carapanayoti & Co. Ltd. v. E.T. Green Ltd., (1959) 1 Q.B. 131 ; Tsakiroglou & Co. Ltd. v. Noble Thorl GmbH., (1959) 1 All. E.R. 45 ; (1962) A.C. 93 ; Albert Gaon & Co. v. Sté Interprofessionnelle, (1959) 2 All E.R. 693 ; Société Franco-Tunisienne d'Armement v. Sidermar, (1961) 2 Q.B. 279 ; Tramp Tanker Co. v. V/O Sovfracht (The Eugenia), (1964) 2 Q.B. 226, welke echter Société Franco-Tunisienne "overruled" heeft. Zie tevens Baker, J., How frustrating was the closure of the Suez-Canal, Arbitration 1960, 101-104.

ten richten. Het coherent geheel van principen, dat aldus ontstond, maakt voortaan deel uit van het Engelse verbintenissenrecht en komt in alle leerboeken voor (1). Zonder de mogelijkheid van een "special case" had elke arbiter eigen normen ontworpen, welke uiteraard aanvechtbaar zouden zijn. Door de "special case" werden bijgevolg zowel de arbitrale uitspraken gelegitimeerd als het Engelse recht inzake "frustration" uitgebouwd.

De "special case" behoudt bovendien de eenheid in het Engelse recht, ongeacht of de beslechter een Engelse rechter of een Engelse arbiter is. Zonder "special case" bestaat immers het gevaar dat de verscheidene arbitrage-instellingen hun eigen variante van Engelse recht zouden toepassen ; het Engelse recht zou aldus verschillen voor elke bedrijfssector. De "special case", die de correcte vinding en aanwending van normen van Engels recht waarborgt, is één der gevestigde waarden en attracties van de Engelse arbitrage (2). Omwille van de garantie, die zij inhoudt, wordt de Engelse arbitrage trouwens door kooplui verkozen, ook voor transacties die de Engelse handelswereld niet raken.

B. Het ministerieel advies over de interpretatie van verdragen in Frankrijk-----

194. Het is mogelijk dat de Franse rechter, zoals elke rechter, een volkenrechtelijk verdrag, waarbij Frankrijk partij is, moet interpreteren en toepassen. Zolang de interpretatie van dit verdrag slechts private belangen op het spel zet, zal de Franse rechter het verdrag zelf interpreteren. Zodra de interpretatie daarentegen volkenrechtelijke aangelegenheden betreft, acht hij een eigen interpretatie niet meer wenselijk. Een verkeerde interpretatie kan immers de internationale onderhandelingspositie van de Franse regering aantasten of kan

(1) Zie bijv. ANSON's Law of Contracts, Oxford 1969, 459-460 ; TREITEL, G., The law of contract, Londen 1970, 750-753.

(2) Zie CLARK, G., art. cit., 6 ; ELLENBOGEN, G., Commercial Arbitration, 1 Business Law Review (1954), 247-265, 265 ; Command Paper nr. 1616, Conference of Users of the Commercial Court, 1962, § 30 ; SCHMITTHOFF, International Arbitration Domke, 296.

zelfs leiden tot de internationale aansprakelijkheid van de Franse Staat. Om deze reden vragen de Franse rechters deze interpretatie aan de Franse Minister van Buitenlandse Zaken (1). Eenmaal diens advies verkregen, richtten de rechters hun uitspraak naar de principen, die de Minister meedeelde.

Kan ook de Franse arbiter bij de Minister van Buitenlandse zaken een dergelijk advies inwinnen? Een precedent laat een negatief antwoord vermoeden.

Twee ondernemingen sloten in 1961 te Algiers een licentie-overeenkomst. In 1962, na de onafhankelijkheid van Algerije, werd de licentiehouder genationaliseerd en nam een Algerijnse "établissement public" de licentie-overeenkomst over. Deze weigerde evenwel de royalties te betalen. Op grond van een compromissoir beding in de licentie-overeenkomst richtte de licentie-gever zich tot arbiters van de I.K.K., die in Frankrijk zetelden. De Algerijnse "établissement public" voerde o.a. aan dat art. 17 van het Frans-Algerijns Protocol inzake de Justitie (1962) de arbiters alle rechtsmacht ontnam. Dit artikel maakte de Algerijnse rechter immers bevoegd voor elke procedure, bij Franse jurisdicties aanhangig, die een Algerijnse "établissement public" aanbelangde. De arbiters oordeelden dat dit art. 17 de immuniteit van jurisdictie betrof. Aldus raakte het, zo erkenden de arbiters, een volkenrechtelijk principe. Bijgevolg, zo meenden de arbiters, was het voor hen onmogelijk om het artikel te interpreteren; zij verzochten de Franse Minister van Buitenlandse Zaken om advies. Na twee weken antwoordde de Minister echter:

"Le Ministère des Affaires Etrangères Français se réserve, selon une pratique constante, s'agissant de litiges particuliers, de ne donner une interprétation des accords internationaux auxquels est partie l'Etat français que dans les hypothèses où une telle demande lui est présentée par une juridiction relevant de l'organisation juridictionnelle officielle française".

Noodgedwongen hebben de arbiters dan maar zelf art. 17 geïnterpreteerd (2).

-
- (1) Zie hierover BASDEVANT, J., *Le rôle du juge national dans l'interprétation des traités diplomatiques*. R.C.D.I.P. 1949, 423-433. BATIFFOL, H., Droit international privé, Parijs 1970, deel I, nr. 37; ROUSSEAU, Ch., Droit International public, Parijs 1970, deel I, nr. 230-233. Cfr. tevens Frans Cass. 19 maart 1963, Dall. 1963, J., 529.
 - (2) Arbitrale uitspraak 8 en 30 maart 1968, Rev. Arb. 1968, 69. Zie tevens ROBERT, J., *Interprétation par voie d'arbitrage des traités internationaux*, Rev. Arb. 1968, 48-58.

Het Franse Ministerie blijkt de mening toegedaan dat het slechts advies mag verlenen aan de Franse rechterlijke macht en dat arbiters hiervan geen deel uitmaken. Dit resultaat strookt met het doel van het ministerieel advies. De rechtbanken onthouden zich ervan om volkenrechtelijke bepalingen in verdragen te interpreteren omdat hun interpretatie de Franse regering kan schaden in onderhandelingen of omdat de Franse Staat voor een foute rechterlijke uitspraak internationaal aansprakelijk gesteld kan worden. Het lijkt daarentegen weinig waarschijnlijk dat de interpretatie vanwege een privé-persoon, zoals een arbiter, de onderhandelingspositie van de Franse staat zou bezwaren. Bovendien is het ook moeilijk om in te zien hoe Frankrijk internationaal aansprakelijk kan gesteld worden voor een arbitrale uitspraak, die burgers op haar grondgebied velden. Daarentegen schept een advies aan arbiters voor de Franse regering juist het risico dat latere onderhandelingen geremd of dat de internationale aansprakelijkheid opgelopen worden. De Minister behoudt trouwens de gelegenheid om een advies te formuleren, wanneer de Franse rechter de arbitrale uitspraak, waarin de volkenrechtelijke bepaling geïnterpreteerd werd, moet erkennen.

In de dertiger jaren legde de Franse onderneming S.E.E.E. een spoorlijn aan voor het Koninkrijk Joegoslavië. Belangrijke bedragen bleven onbetaald. S.E.E.E. verzocht de Franse staat om diplomatieke bescherming. Als gevolg van deze bescherming verkreeg S.E.E.E. de betaling van een aanzienlijk gedeelte van het verschuldigd bedrag n.a.v. een globale regeling van het Frans-Joegoslaafse contentieux. In overeenstemming met de Franse praktijk bepaalde het Frans-Joegoslaafse akkoord dat geen verdere vorderingen door Franse ondernemingen of burgers, wier aanspraken door het akkoord vergoed werden, mochten ingesteld worden tegen de Joegoslaafse staat of tegen Joegoslaafse instellingen of personen (1). Niettemin verzocht S.E.E.E. (Zwitserse) arbiters om verdere schadevergoeding.

De arbiters meenden dat het Frans-Joegoslaafse Akkoord hen niet belette om vergoeding voor de resterende schade toe te kennen (2).

(1) Zie Decret nr. 53-653 van 24 juli 1953 (Journal Officiel 1953, 6723) van toepassing verklaard op de modaliteiten van de vergoeding van S.E.E.E.. Zie tevens WESTON, B., International Claims : Post-war French Practice, New York 1971, 191.

(2) Uitspraak 2 juli 1956, Clunet 1959, 1076.

S.E.E.E. verzocht de Franse rechter de arbitrale uitspraak te erkennen. De Voorzitter van het Tribunal de Grande Instance van Parijs, aan wie S.E.E.E. het exequatur gevraagd had, meende dat een exequatur slechts mogelijk was wanneer het Frans-Joegoslafse Akkoord geen verdere betaling voor schadevergoeding belette. Hij besloot de Franse Minister van Buitenlandse Zaken om advies te vragen over de interpretatie van dit Akkoord. S.E.E.E. ging tegen deze beslissing in beroep. Het Hof van Beroep te Parijs oordeelde evenwel dat een Voorzitter, die om een exequatur verzocht werd, geen advies aan de minister mocht vragen. Dergelijke raadpleging overschreed de summiere bevoegdheden die de Voorzitter bij het verlenen van het exequatur bezit. Slechts in de procedure tot intrekking van het exequatur kon dezelfde Voorzitter advies vragen aan de Minister van Buitenlandse Zaken (die trouwens in de procedure tussenkwam) (1).

In dit geval is het risico, door het optreden van de Franse rechter, in elk geval geschapen. Een ministerieel advies kan dit enkel vermindern door de rechterlijke uitspraak langs de goede banen te leiden.

Voor de arbitrale beslechting, die door de Franse arbitragewet beheerst wordt, is het evenwel soms nadelig dat de arbiters de Franse Minister niet om advies mogen vragen. Veel tijd en kosten zijn immers tevergeefs gespendeerd wanneer de arbitrale uitspraak uiteindelijk door de rechter wordt vernietigd omdat de arbiters een verdrag verkeerd interpreteerden. Misschien niet vanuit een politiek standpunt, doch wel voor de doeltreffendheid van deze arbitrage, lijkt het gewenst dat de Franse Minister van Buitenlandse Zaken ook aan arbiters advies zou verlenen betreffende de interpretatie van verdragen, waarbij Frankrijk partij is.

C. De prejudiciële vraag naar Duits recht

195. De Duitse grondwet (GG § 100) verplicht de Duitse rechter om aan het Bundesverfassungsgericht de vraag voor te leggen of een wet strijdig is met de grondwet, evenals de vraag of een volkenrechtelijke regel,

(1) Zie STUYT, A.M., Misconceptions about international (commercial) arbitration, Nederl. Jaarb. Intern. R. 1974, 35-58, 41-42. Tribunal de Grande Instance 6 (8) juli 1970, Clunet 1971, 131-134, met noot KAHN; J.C.P. 1971.II.16810. Zie tevens Trib. Adm. Parijs 10 februari 1970 waarin de eis voor schadevergoeding vanwege S.E.E.E. tegen de Franse staat afgewezen werd : J.C.P. 1971.II.16810.

als deel van het Duitse recht, de rechtsonderdanen rechtstreeks bindt of hen rechten toekent. Kunnen ook Duitse arbiters het Bundesverfassungsgericht deze vragen stellen? Het consultatierecht van de rechter heeft een dubbel doel: enerzijds wil het voor elke beslechting een correcte toepassing van de grondrechten waarborgen; anderzijds wil het tegenstrijdige beslissingen vermijden. Naargelang men één van deze doelen het belangrijkste acht, verschuift het antwoord. Wanneer men zegt dat het Bundesverfassungsgericht enkel moet verhinderen dat de Duitse rechter iets fout zou beslissen - wat nadien dan toch door het Bundesverfassungsgericht aan de kaak gesteld zou worden - kan de arbiter het Bundesverfassungsgericht geen vragen stellen. Het prestige van het Duitse rechtsbestel wordt immers niet geschokt wanneer een leek eens anders oordeelt dan de hoogste rechtbank (1). Wie GG § 100 daarentegen - m.i. terecht - beschouwt als een garantie voor een goede rechtsbedeling, moet ook erkennen dat de arbiter de bevoegdheden zou moeten hebben om het Bundesverfassungsgericht om advies te vragen (2).

Een andere vraag is of de Duitse arbiter krachtens § 98, lid 2 van de Duitse mededingingswet een prejudiciële vraag aan de bevoegde instanties mag stellen. Deze paragraaf bepaalt immers dat de "Gerichte" de behandeling van een rechtsstrijd (waarvan de beslechting geheel of gedeeltelijk afhangt van een krachtens de mededingingswet te nemen beslissing) moeten schorsen totdat een gespecialiseerde rechtbank of administratie terzake beslist heeft. Wanneer men afgaat op het gebruik van de term "Gerichte", zouden ook arbitrages ("Schiedsgerichte") binnen de toepassingsfeer van de bepaling vallen. Het Bundesgerichtshof besliste evenwel dat de arbiters niet door § 98 gebonden waren (3).

-
- (1) In deze zin SCHLOSSER, Schiedsgerichtsbarkeit, nr. 500; Bundesverfassungsgericht 17 november 1959, Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts 10, 200, 214, dat Schlosser als argument inroept, overtuigt evenwel niet.
- (2) ALTENMÜLLER, Die Schiedsrichterliche Entscheidung, 41; STEIN & JONAS, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 19de druk, Tübingen, § 1034 Anm. I.5 (een vroeger geschrift van Schlosser, die dit deel van de Stein & Jonas redigeerde!).
- (3) BGH 6 december 1962, BB 1963, 206.

Dit sluit het gevaar in dat de arbiters, zonder het advies van de gespecialiseerde rechtbank of administratie, de mededingingsregels niet correct zouden aanwenden. Bijgevolg oordeelt de huidige rechtsleer het wenselijk dat ook de arbiters prejudiciële vragen inzake § 98 kunnen stellen (1).

D. Beslissing van de Europese Commissie en prejudiciële vraag aan het
Hof van Justitie

196. De Commissie is het orgaan van de Europese Gemeenschappen dat de naleving van het Europees mededingingsrecht controleert. Een overeenkomst, waarover de arbiters moeten oordelen, kan bij de Commissie aangegeven worden tot nietigverklaring of vrijstelling ; respectievelijk krachtens art. 85, lid 1 en 3 van het E.E.G.-verdrag. Luidens Verordening 17, art. 19, lid 3 zijn de "rechterlijke instanties" verplicht om hun uitspraak over een aangegeven overeenkomst op te schorten zolang de Commissie zich nog niet uitgesproken heeft. Deze verplichting tot schorsen geldt echter niet voor de rechtbank, die zich enkel moet uitspreken over de rechten van partijen uit de overeenkomst, waarover een procedure bij de Commissie hangend is ; zolang de rechter zich niet moet uitlaten over de toepassing zelf van art. 85 (2).

Wanneer men de arbiter met de rechter gelijkstelt, mag derhalve ook de arbiter zich uitspreken over een overeenkomst waarover een procedure hangend is bij de Commissie, zolang hij maar art. 85 niet toepast (3). Het is evenwel minstens onzeker of een arbitrage een "rechterlijke instantie" is (4). Om deze reden zou de verplichting tot schorsen van

- (1) ALTENMULLER, Die Schiedsrichterliche Entscheidung, 47 ; STEIN & JONAS, o.c., § 1034 Anm. I.5 ; SCHLOSSER, Schiedsgerichtsbarkeit, nr. 500.
- (2) Zie Hof van Justitie, zaak 127/73 (B.R.T. t. Sabam), Jurisprudentie van het Hof van Justitie 1974, 51.
- (3) In deze zin eveneens I.K.K. 16 maart 1964, Arbitrale Rechtspraak 1965, 80 ; Rev. Arb. 1964, 131.
- (4) Zie nr. 197. Tevens I.K.K. nr. 1397, Clunet 1974, 879 : "qu'il paraît difficile ... d'assimiler un arbitre à ce que le texte appelle les "autorités des Etats membres" (p. 880).

Verordening 17 wellicht niet gelden voor arbiters.

197. Zoals art. 41 van het E.G.K.S.-verdrag en art. 150 van het Euratom-verdrag, vestigt art. 177 van het E.E.G.-verdrag de mogelijkheid voor "rechterlijke instanties der Lid-Staten" om vragen over de uitlegging van het verdrag, van verordeningen en van beschikkingen aan het Hof van Justitie voor te leggen. Indien de "rechterlijke instantie" beslissingen velt die volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep, is een prejudiciële vraag zelfs verplicht. Is een arbiter echter een "rechterlijke instantie van één der Lid-Staten" - en zo ja, één wiens uitspraken "volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep" ? Het antwoord op deze vraag bepaalt of de arbiter prejudiciële vragen aan het Hof mag - respectievelijk moet - stellen telkens een beslechting tot interpretatie van het Europees recht hiertoe noopt (1).

Een uitspraak van het Hof van Justitie, waarin het Scheidsgerecht van het Beambtenfonds voor het Mijnbedrijf erkend werd als "rechterlijke instantie" in de zin van art. 177, blijkt irrelevant (2). Deze arbitrage-instelling, door de Nederlandse overheid in het leven geroepen, had meer gemeen met een rechtbank dan met vrijwillige arbitrage (3). In een andere aangelegenheid wezen Nederlandse arbiters een verzoek van één der partijen om het Hof een prejudiciële vraag voor te leggen af omdat de vrijwillige arbitrage geen "rechterlijke instantie" zou zijn (4). Aldus zouden slechts de rechters - en niet de arbiters - de

-
- (1) ALTENMÜLLER, Die schiedsrichterliche Entscheidung, 84-96 en de aldaar geciteerde bibliografie. MERTENS de WILMARS, J., Procedurale aspecten van het prejudicieel beroep, Sociaal-Economische Wetgeving, 1975, 78-98, 83 ; VAN HECKE, Rev. Arb. 1973, 11 ; VON HULSEN, 35 RabelsZ. (1971), 151.
 - (2) Zaak 61/65, 30 juni 1966, Jurisprudentie van het Hof van Justitie 1966, 257.
 - (3) Zie over het onderscheid tussen gedwongen en vrijwillige arbitrage : nr. 2. Tevens GORMLEY, W., The future role of arbitration within the E.E.C., Saint Louis University Law Journal 1968, 550-563.
 - (4) Uitspraak 22 juli 1964, Arbitrale rechtspraak 1964, 240 ; Rev. Arb. 1965, 28.

bevoegdheid hebben het Hof om een interpretatie van het Europees recht te verzoeken (1). De vraag is echter of art. 177 enkel wil belletten dat rechtbanken van een Lid-Staat het Europees recht slecht zouden interpreteren ofwel of dit artikel tevens een juiste beslechting moet garanderen. Zonder de mogelijkheid van prejudiciële vraag bestaat immers het gevaar dat de arbiters, ondanks alle goede bedoelingen, het Europees recht niet juist zouden toepassen. Het compromissoir beding zou de partijen aldus eveneens toelaten om het prejudiciële geschil - een fundamentele instelling voor de uniforme en correcte naleving en toepassing van het Europees recht - uit te sluiten (2). Om deze reden meenden de meeste auteurs dat arbiters, alhoewel geen "rechterlijke instantie", toch een prejudiciële vraag inzake de interpretatie van het Europees recht aan het Hof mogen voorleggen (3). De resoluties van het tweede Congres der Internationale Arbitrage (Rotterdam 1966) volgen eveneens deze oplossing (4). Enkele auteurs zijn daarenboven de mening toegedaan dat het Europees recht de arbiters, alhoewel geen "rechterlijke instantie", zelfs verplicht om het Hof een prejudiciële vraag voor te leggen zodra één der partijen hen hierom verzoekt (5). In werkelijkheid mag het verschil tussen de bevoegdheid en de verplichting om een vraag voor te leggen voor de arbiter niet belangrijk zijn : de arbitrale taak, het geschil zo goed mogelijk te beslechten, sluit immers in dat de arbiter van de mogelijkheid tot prejudiciële vraag telkens gebruik maakt wanneer een partij hierom verzoekt en de beslechting hierdoor niet te zeer wordt vertraagd.

-
- (1) In deze zin COHN, E., Schiedsgerichtsbarkeit und EWG-Vertrag, AWD 1965, 268 ; ROBERT, Arbitrage nr. 390-394.
 - (2) Cfr. opmerking van de Redactie, Sociaal-Economische Wetgeving, 1964, 566.
 - (3) Bijv. MOK, R. en JOHANNES, H., Schiedsgericht und EWG-Vertrag, AWD 1965, 181-184, 182 ; tevens Arbitrale Rechtspraak 1965, 289-308 ; FRANSEN VAN DE PUTTE, A., Sociaal-Economische Wetgeving 1964, 599 ; eveneens Prof. FOCSANEANU, Rev. Arb. 1966, 60.
 - (4) Rev. Arb. 1966, 62.
 - (5) ALTENMULLER, Die schiedsrichterliche Entscheidung, 94-95 ; SCHLOSSER, Schiedsgerichtsbarkeit, nr. 500 ; VON WARTBURG, W., Commercial Arbitration and anti-trust-matters in the European Economic Community, Arb. J. 1966, 65-92, 87-90.

In elk geval bezit het Hof van Justitie de mogelijkheid om op een prejudiciële vraag te antwoorden ter gelegenheid van de procedure tot erkenning of nietigverklaring van de arbitrale uitspraak voor de nationale rechter. Het is echter in het belang van de arbitrage dat ook arbiters het Hof om interpretatie kunnen verzoeken. Dit zou tevens de uitbouw van het Europees recht ten goede komen.

E. De prejudiciële vraag voor het Benelux-Gerechtshof

198. De eenvormige Benelux-wetten inzake tekeningen en modellen en inzake warenmerken gelden in de drie Benelux-landen (1). Het Benelux-Gerechtshof heeft de taak deze verdragen te interpreteren wanneer het hiertoe aangezocht wordt door een "rechtscollege" uit één der drie landen, waarvoor een geschil terzake gerezen is (2). Er wordt niet aan getwijfeld dat de rechtbank een dergelijk "rechtscollege" is. Vormen arbiters eveneens een "rechtscollege" dat het Hof om interpretatie kan verzoeken? Het Hof moest dergelijke vraag nog niet beantwoorden. De voorbereidende werken geven geen richtlijn. Art. 10 van het Verdrag, dat het Benelux-Gerechtshof instelt, maakt - in een ander verband weliswaar - een onderscheid tussen "rechtsgeding" en "arbitrage". Wie veronderstelt dat een "rechtsgeding" enkel beslecht wordt door een "rechtscollege" kan a contrario afleiden dat arbiters - omdat zij geen "rechtsgeding" zouden behandelen - ook geen prejudiciële vraag zouden mogen indienen (3). Deze mening is evenwel fout daar arbiters wel een rechtsgeding beslechten (4). Men moet echter het doel van de preju-

-
- (1) Zie artikel 10 van beide Benelux-verdragen (wet 30 juni 1969, Belg. Staatsblad 14 oktober 1969, 9655 en wet 1 december 1973, Belg. Staatsblad 29 december 1973, 15039).
 - (2) Zie Verdrag betreffende de instelling en het statuut van een Benelux-Gerechtshof, art. 6 (wet van 18 juli 1969, Belg. Staatsblad 11 december 1973, 14065).
 - (3) In deze zin SWARTENBROUX-VANDERHAEGEN, S., De rechtsprekende bevoegdheid van het Benelux-Gerechtshof, R.W. 1973-1974, 1681-1716, 1700.
 - (4) Zie nr. 10.

diciële vraag voor ogen houden, nl. een eenvormige interpretatie van het Benelux-recht. Arbiters die het Benelux-Gerechtshof prejudiciële vragen kunnen voorleggen, waarborgen zowel een correcte arbitrale rechtsbedeling als een uniforme interpretatie van eenvormige wetten. Om deze reden lijkt het m.i. zowel voor de arbitrage als voor het Benelux-recht wenselijk dat de arbiters het Benelux-Gerechtshof prejudiciële vragen zouden mogen stellen (1).

F. Een "special case" naar Belgisch, Frans of Duits Recht ?

199. De Engelse arbitragewet kent de arbiter een algemene mogelijkheid toe om de rechter een rechtsvraag voor te leggen. Deze "special case" wordt als één der grote troeven van de Engelse arbitrage beschouwd. In de Belgische, Franse of Duitse arbitragewet bestaat dergelijke algemene mogelijkheid niet. Telkens een speciale tekst, zoals het E.E.G.-verdrag, het verdrag dat het Benelux-Gerechtshof opricht, de Duitse grondwet of Duitse mededingingswet de rechter evenwel de bevoegdheid verleende om een prejudiciële vraag te stellen, meenden de auteurs - die weliswaar toegaven dat arbiters geen rechters waren - dat ook de arbiters een prejudiciële vraag zouden moeten kunnen stellen. Het nut van het prejudicieel vraagrecht voor arbiters wordt niet betwist. Kan dergelijk recht in België, Frankrijk of Duitsland niet algemeen erkend worden ?

200. Het Belgische en Franse procedurerecht kent een "vordering tot verklaring van recht" ("action déclaratoire"). Hierdoor wordt de rechter verzocht zich over een rechtstoestand uit te spreken om te beletten dat hieruit een rechtsstrijd zou ontstaan. De eiser moet echter een erkend belang bij dergelijke vordering bezitten. Dit belang is niet aanwezig wanneer de eiser aan de rechter slechts een juridisch advies vraagt. Het is daarentegen wel aanwezig wanneer hij kan aantonen dat het recht, waarvan hij de erkenning vraagt, dermate ernstig bedreigd

(1) In deze zin ook VAN BUNNEN, L., L'interprétation uniforme du droit des marques, J.T. 1975, 181-184, 182.

is, dat zijn normale uitoefening weldra uitgesloten zal zijn (1). Op het eerste zicht lijkt dergelijke "vordering tot verklaring van recht" voor de arbitrage relevant. Partijen, die vóór de arbiters twisten over het bestaan en de inhoud van een recht, hebben uiteraard over hun rechtstoestand tegengestelde meningen. Indien de arbiters deze rechtstoestand - zonder de hulp van de rechter - onjuist zouden appreciëren, kan de arbitrale uitspraak vóór de rechter aangevochten worden. Aldus zouden beiden voorwaarden voor een "verklaring van recht" aanwezig zijn : een dreigende miskennen van rechten en het gevaar voor een rechtsstrijd hierover.

De overeenkomst tot arbitrage belet elk der partijen evenwel om een beroep te doen op de rechter voor een geschil, dat door arbiters dient beslecht. Derhalve zouden beide partijen samen akkoord moeten gaan om deze werking van de overeenkomst tot arbitrage op te schorten en om de rechter om een "verklaring van recht" te verzoeken. In elk geval kunnen dus niet de arbiters, maar enkel de partijen het initiatief nemen voor een dergelijke vordering. Bovendien zou deze slechts mogelijk zijn indien alle partijen hierover akkoord gaan.

Tot heden is geen geval bekend waarin de partijen de Belgische of Franse rechter n.a.v. een arbitrale beslechting om een "verklaring van recht" verzocht hebben. Het zou de arbitrage evenwel ten goede komen indien de rechter dergelijk verzoek zou inwilligen.

201. Het Duitse procesrecht heeft daarentegen reeds duidelijk gesteld dat de partijen tijdens een arbitrale beslechting geen rechtsvragen aan de rechter kunnen stellen. Z.P.O. § 256 bepaalt weliswaar :

"Auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses ... kann Klage erhoben werden, wenn der Kläger ein rechtliches Interesse daran hat, dass das Rechtsverhältnis ... durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt werde".

(1) België ; Ger. Wetb. art. 18 ; Verslag van VAN REEPINGHEN, Ch., Pasinomie 1967, III, 302, 321 ; VAN REEPINGHEN, Ch., L'action préventive en droit belge, 35 Revue de droit international et de droit comparé (1958), 180-191, 180-183. Frankrijk : SOLUS, H. en PERROT, R., Droit judiciaire privé, Parijs 1961, deel I, nr. 233.

Deze "Rechtsverhältnis", zo besliste het Bundesgerichtshof, is een volledige juridische rechtsverhouding. Aparte rechtsfeiten of pre-alable rechtsvragen mogen niet als "Rechtsverhältnis" beschouwd worden (1). Bijgevolg kunnen partijen, die de volledige rechtsverhouding door arbiters laten beslechten, de rechter geen rechtsvragen stellen over bepaalde aspecten van deze rechtsverhouding (2).

§ 3. Het nationaal recht als beslechtingsnorm

202. Een principe van nationaal recht kan enkel arbitrale beslechtingsnorm zijn wanneer twee voorwaarden vervuld zijn. Het principe moet door het aangewend nationaal recht als toepasbare norm erkend zijn ; dit kan men de vereiste van interne gelding noemen. Bovendien moet van alle nationale rechtssystemen het nationaal recht, dat de arbiters aanwenden, de aangewezen normenbron zijn ; dit kan men de vereiste van externe gelding noemen.

De interne gelding veronderstelt dat de beslechtingsnorm een norm is, die door het aangewend nationaal recht op het geschil van toepassing wordt verklaard (3). Eenmaal de arbiter beslist heeft om rechtsfeiten aan een bepaald nationaal rechtssysteem te toetsen, komen immers alle normen van dit rechtssysteem voor aanwending in aanmerking (4). Het rechtssysteem bepaalt zelf in welke mate (5) de wetten, verordeningen en beschikkingen van de overheid (6), de rechtspraak (7), de gewoonten,

(1) BGH 25 oktober 1956, BGHZ 22, 48.

(2) STEIN & JONAS, Kommentar zur Zivilprozessordnung, Tübingen 1968, § 256, II, 1b.

(3) Zie bijv. ARMINJON, P., Précis de droit international privé, deel I, Parijs 1947, nr. 206.

(4) RABEL, E., The conflict of laws, a comparative study, deel I, Chicago 1945, 66.

(5) Zie NIBOYET, J.P., Traité de Droit International Privé Français, deel III, Parijs 1944, nr. 986-992 mbt. de toepassing in tijd en ruimte.

(6) Zie NIBOYET, J.P., o.c., nr. 978-982.

(7) Zie NIBOYET, J.P., o.c., nr. 995.

handelsgebruiken en contractuele bedingen (1) er als norm gelden. De arbiter moet de toe te passen normen trouwens aanwenden zoals de rechter van het rechtssysteem zou doen (2).

Partijen bij een transnationale overeenkomst duiden vaak het nationaal recht van een neutrale staat als normenbron aan. Omdat zij dit recht in zijn geheel en correct toegepast willen zien, stellen zij dan tevens als arbiter een jurist aan, die met dit recht vertrouwd is. Ook de arbiters, door elk der partijen aangesteld en doorgaans van dezelfde nationaliteit als "hun" partij (3), kiezen meestal als derde arbiter een jurist, vertrouwd met het nationaal recht, waaruit zij de beslechtingsnormen moeten putten. Dat de aanwezigheid onder de arbiters van een jurist echter niet steeds een garantie is voor een correcte toepassing van diens nationaal recht door het arbitraal paneel, bewijst een I.K.K.-uitspraak, waarin één der hoogste Zwitserse magistraten slechts een "dissenting opinion" kon formuleren omdat hij zich niet bij de Joegoslafse arbiter en Nederlandse umpire kon aansluiten nopens de inhoud van het Zwitserse recht (4) !

203. De norm, geput uit een nationaal rechtssysteem, moet bovendien nog externe gelding bezitten. Niet elk nationaal rechtssysteem komt echter in aanmerking om een beslechtingsnorm te leveren. De arbiter, die uit een nationaal rechtssysteem beslechtingsnormen haalt, is als een rechter, die buitenlands recht aanwendt. Beiden behoren niet tot de rechterlijke organisatie van de staat, waarvan zij het recht aanwenden. Beiden passen dit recht toe omdat zij menen dat het de geschikte beslechtingsnorm biedt. De redenen waarom een rechter buitenlands recht als norm kan toepassen, zijn derhalve relevant voor de arbiter die nationaal recht aanwendt. De rechtsficties, waarmee elk rechtssysteem dit verklaart, tonen de rechtstheoretische problemen aan waarmee een rechter, die buitenlands recht wil aanwenden, geconfronteerd wordt. Geen enkele geeft evenwel een sluitende verklaring.

(2) "More precisely, the court has to decide the question exactly as a court sitting in a foreign state would do, if such court had jurisdiction and had to apply its own domestic law" RABEL, E., o.c., 67.

(1) Zie ARMINJON, P., o.c., nr. 202.

(3) Zie nr. 25.

(4) I.K.K. nr. 2168.

Het eerste probleem, dat bij de aanwending van buitenlands recht rijst, is het feit dat de rechter, die namens een soevereine staat recht spreekt, rechtsnormen erkent van een andere soevereine staat. De indruk, dat de rechter aldus zou gehoorzamen aan de wil van een vreemde soeverein, kan evenwel vermeden worden wanneer men stelt dat het buitenlands recht niet als buitenlandse norm gelding heeft, maar dat het enkel geldt omdat het eigen recht van het forum zo bepaalt. Alle buitenlandse recht wordt aldus genationaliseerd en in het eigen recht geïncorporeerd. Deze nationalisering of incorporatie van buitenlands recht is evenwel een onrealistische fictie : alle rechtssystemen der wereld kunnen elkaar immers niet incorporeren. Dit zou hun zelfstandig bestaan en hun ontwikkeling ontkennen. Een andere mogelijkheid om te verklaren waarom de rechter recht van een buitenlandse staat toepast, is dit recht als feit te bestempelen. Doch ook dit is een fictie : de buitenlandse wet wordt door de rechter immers niet als feit genoteerd, maar als norm aangewend (1).

De arbiter spreekt echter geen recht namens een soevereine staat. Het stoort hem niet het recht van de één of andere staat aan te wenden. De incorporatie van buitenlands recht in het recht van zijn "forum", of de degradatie van buitenlands recht tot feit, zijn voor hem overbodige constructies.

Uit zichzelf kan het buitenlands recht zich niet aan de rechter opdringen. In alle rechtssystemen wordt evenwel aanvaard dat de rechter buitenlands recht als norm aanwendt omdat zijn verwijzingsregels zo bepalen (2). Dit geldt ook voor de arbitrage. Ook de arbiter kan slechts een nationale rechtsnorm aanwenden omdat een verwijzingsregel dit recht als normenbron aanduidt. Over de inhoud en de natuur van de verwijzingsregels, die bij de arbitrage gelden, handelt het derde deel.

§ 4. De arbitrage naar billijkheid en het aanwenden van nationaal recht

204. De arbiter, die nationaal recht moet aanwenden, kan, indien de billijkheid dit vergt en hij hiertoe krachtens de arbitragewet bevoegd is, normen van het nationale recht terzijde laten. De hoofdregel blijft evenwel dat de arbiter het nationaal recht aanwendt ; de uit-

(1) Zie ZAJTAY, I., L'application du droit étranger, Revue Internationale de Droit Comparé 1971, 49-61, 50-54.

(2) Zie ZAJTAY, I., The application of foreign law, International encyclopedia of comparative law, III, ch. 14, nr. 6, 5-6.

zondering is dat hij, in naam der billijkheid, bepaalde normen van dit nationaal recht niet moet toepassen. De arbiter moet het nationaal recht toepassen zoals dit in het land zelf geldt. Welke normen van het nationale recht de arbiter in de naam der billijkheid terzijde mag schuiven wordt m.i. bijgevolg eveneens door dit nationaal recht bepaald (1). Aldus zou een "amiable compositeur" in een Franse arbitrage eerst moeten oordelen volgens de Franse arbitragewet of hij naar billijkheid mag oordelen ; is dit het geval dan zou hij - in de veronderstelling dat Duits recht van toepassing is op het geschil - slechts de normen van Duits recht, die een Duitser arbiter naar billijkheid mag negeren, terzijde kunnen laten.

Deze opvatting wordt evenwel niet gedeeld door auteurs zoals Gentinetta (2), Delaume (3), Schlesinger (4) en Fouchard (5). Voor hen is de arbitrage naar billijkheid een mogelijkheid voor de arbiter om zich van de nationale rechtsnormen te ontdoen en het geschil op een anationale wijze te beslechten. De rechtsleer en rechtspraak aanvaardt evenwel dat een arbitrage naar billijkheid het aanwenden van rechtsnormen niet uitsluit, maar dat ook hier in principe rechtsnormen aangewend worden (6).

A. De "amiable composition" naar Belgisch en Frans recht

205. Verondersteld wordt dat de arbiter naar billijkheid, nl. als "amiable compositeur", mag beslechten. In principe moet ook de "amiable

-
- (1) Zie tevens MEZGER, E., L'arbitrage commercial et l'ordre public, Rev. Trim. Dr. Com. 1948, 611-624, 617-618 ; SIMONT, International commercial arbitration, 136-137. Zie tevens nr. 142.
 - (2) GENTINETTA, Lex Fori, 129-130.
 - (3) DELAUME, B.T.I.R. 1968, 351.
 - (4) SCHLESINGER-GUNDISCH, 28 RabelsZ. (1964), 32-33, 44.
 - (5) FOUCHARD, Arbitrage, nr. 582, waar de "amiable composition" als uiting van een "droit anational" aanzien wordt.
 - (6) Zie nrs. 137-139, 150.

compositeur" in rechte beslissen (1). Slechts in bepaalde gevallen kan hij een norm van het nationale recht terzijde laten wanneer de billijkheid dit vergt. Hij kan trouwens niet elke norm negeren. Hij mag zonder twijfel de normen van aanvullend recht - en eventueel deze van dwingend recht - terzijde laten. Normen van openbare orde moet hij echter steeds eerbiedigen (2).

In het Belgisch recht bestaat er een onderscheid tussen aanvullend recht, dwingend recht en recht van openbare orde (3). Aanvullende normen mogen steeds door de partijen vervangen worden door contractuele. Dwingende normen beschermen de belangen van één der contractanten, en binden de partijen. De partij, die door de dwingende regel beschermd wordt, kan evenwel - nadat het geschil gerezen is - afstand doen van deze bescherming en erin toestemmen dat de dwingende norm niet meer van toepassing is. Een regel van openbare orde verzekert de politieke, economische en morele grondslagen van de gemeenschap. Nooit kunnen de partijen bedingen wat tegen normen van openbare orde indruist. Eenzelfde indeling geldt voor het Franse recht. Dwingende normen worden er evenwel niet als een eigen categorie beschouwd, maar gaan er door als normen van openbare orde welke private (in tegenstelling tot algemene) belangen behartigen. De gevolgen van het onderscheid blijven evenwel dezelfde als in het Belgisch recht (4).

-
- (1) Zie Beroep Brussel 30 december 1969, Pas. 1970, II, 73. Cass. 2 februari 1973, Pas. 1973, I, 529 ; R.W. 1972-1973, 1475, 1479 ; "Terwijl ... de "scheidsrechters - goede mannen" geen enkele plicht hebben van de regels van het recht af te wijken ..."
 - (2) Zie BERNARD, Arbitrage nr. 309 ; ROBERT, Arbitrage, nr. 161 ; SIMONT, International commercial arbitration, 137. Cass. 2 februari 1973, Pas. 1973, I, 529, R.W. 1972-1973, 1475, 1478 : "terwijl de partijen, door aan scheidslieden de macht te verlenen zich bij wijze van minnelijke schikking (sic) uit te spreken, hen niet ertoe machtigen ... de regels van het recht die de openbare orde raken te miskennen ...".
 - (3) BAETEMAN, G., Les effets des dispositions légales impératives protégeant des intérêts privés, R.C.J.B. 1960, 158-174 ; DE HARVEN, P., Contribution à l'étude de la notion d'ordre public, R.C.J.B. 1954, 259-266 ; DABIN, L., Autonomie de la volonté et lois impératives, ordre public et bonnes moeurs, Annales de droit et de sciences politiques 1940, 190-247 ; VAN GERVEN, W., Beginnels van Belgisch Privaatrecht, algemeen deel, Antwerpen 1969, nr. 26-29.
 - (4) Zie FARJAT, G., Ordre public et bonnes moeurs, Juris-classeur droit civil, art. 6, vooral nr. 52-53.

De arbiters naar billijkheid moeten de normen van openbare orde toepassen. Partijen mogen niets bedingen dat tegen de openbare orde indruist (B.W. art. 6) ; aan dergelijk beding kan trouwens geen rechtsgevolg worden toegekend (B.W. art. 1121). Partijen, die zelf niets tegen de openbare orde mogen bedingen, kunnen derhalve niet met arbiters geldig overeenkomen dat deze de normen van openbare orde niet moeten navolgen (1).

Of de arbiter naar billijkheid de dwingende normen, die niet van openbare orde zijn, moet toepassen, hangt af van het ogenblik waarop hij de opdracht verkreeg om naar billijkheid te oordelen. In België kunnen partijen hun arbiters slechts opdracht verlenen om naar billijkheid te oordelen nadat de onenigheid gerezen is. Nadat het geschil ontstaan is kunnen de partijen evenwel afstand doen van het dwingend recht. Bijgevolg houdt een opdracht om naar billijkheid te oordelen naar Belgisch recht ook een toelating in om het dwingende recht niet toe te passen. In Frankrijk is het voor een partij mogelijk om in het compromissoir beding, nl. vooraleer het geschil ontstaan is, een handelsarbiter op te dragen naar billijkheid te beslechten. Op dat ogenblik kunnen de partijen evenwel niet beschikken over het dwingende recht. Derhalve ontslaat een compromissoir beding van "amiable composition" de arbiters slechts van de aanwending van aanvullend recht ; maar niet van de toepassing van dwingend recht. Enkel indien de partijen, nadat het geschil ontstaan is, hun wil om naar billijkheid beoordeeld te worden herhalen, kunnen zij m.i. de arbiters geldig opdragen om dwingende rechtsnormen terzijde te laten (2).

Weinig precedentes tonen aan welke normen de arbiters in naam van de billijkheid hebben terzijde gelaten.

De "amiable compositeur" kan de partijen hoofdelijk aansprakelijk verklaren zonder dat de wettelijke voorwaarden hiervoor vervuld zijn (3). Hij is vrij het billijkste ogenblik te kiezen om de waarde van een goed te schatten (4). Hij moet de verjaringstermijnen niet eerbiedigen (5). In het ontwerp van eenvormige wet, dat Unidroit in 1954

(1) Cass. 2 februari 1973, Pas. 1973, I, 529 ; R.W. 1972-1973, 1475. Parl. Besch., Kamer nr. 988 (1970-1971), nr. 1, 23.

(2) Zie in deze zin tevens MEZGER, E., L'arbitrage commercial et l'ordre public, Rev. Trim. Dr. Com. 1948, 611-624, 617-618 ; SIMONT, International commercial arbitration, 140.

(3) Trib. Civ. Seine 17 mei 1955, Rev. Arb. 1955, 61.

(4) Rb. Douai 4 mei 1951, Dall. 1951, 476.

(5) Zie BERNARD, Arbitrage, nr. 310 steunend op een aldaar geciteerd Frans Cassatie-arrest van 31 oktober 1811 ; RIEDBERG, Der Amiable Compositeur, 33. Brussel 11 juni 1952, J.T., 1952, 521.

de arbiters - zoals in België en Frankrijk - in elk geval de normen van openbare orde moeten eerbiedigen (1).

Weinig bronnen tonen evenwel aan in hoeverre de arbiter het recht mag negeren.

Algemeen wordt aanvaard dat de arbiter naar billijkheid de naleving van BGB § 326 niet moet afdwingen (2). Deze paragraaf verplicht een partij tot een overeenkomst, indien de andere zijde met haar prestatie in gebreke bleef, om deze eerst nog een termijn te stellen om te presteren, vooraleer schadevergoeding te eisen of de "exceptio non adimpleti contractus" in te roepen. "Treu und Glauben" kunnen anderszijds - zo oordeelden arbiters - gebieden dat een vordering ontvanke-lijk blijft nadat de vervaltermijn verlopen is (3). De arbiters mogen bovendien in elk geval vrij de betaling der kosten van de arbitrage tussen de partijen verdelen (4).

C. Arbitrage naar billijkheid en het Engelse recht

207. Naar Engels recht zou de arbiter niet naar billijkheid kunnen beslechten. Niettemin mag hij het recht meer soepel aanwenden dan de rechtbanken. Indien de partijen hiermee instemmen moet hij de principes van het common law-bewijsrecht niet aanwenden. Uit de keuze van een arbitrage-instelling kan trouwens blijken dat de partijen van de toepassing van deze normen afstand deden (5). Bovendien kan de arbiter steeds vrij oordelen hoe de kosten der arbitrage over beide partijen verdeeld moeten worden (6). Zijn oordeel terzake moet evenwel billijk en redelijk zijn (7).

(1) Cfr. BGB §§ 134-138.

(2) BAUMBACH-SCHWAB, Schiedsgerichtsbarkeit, 122.

(3) Bijv. Hamburgse Koffiehandel-arbitrage 12 juli 1971, HSG C 4.5.

(4) Bijv. BAUMBACH-LAUTERBACH-ALBERS-HARTMANN, Zivilprozessordnung, München 1974, 1841, ROSENBERG-SCHWAB, Zivilprozessrecht, München 1969, 955.

(5) Zie The Myron, (1970) I Q.B. 527, 533 ; Faure, Fairclough Ltd. v. Premier Oil & Cakes Mills Ltd., (1968) 1 Lloyd's Rep. 237, 240.

(6) Arbitration Act s. 18 (1).

(7) Zie Smeaton Hanscomb & Co. Ltd. v. Sassoon Setty & Co. (N° 2), (1953) I W.L.R. 1481 ; RUSSELL, Arbitration, 302-307.

§ 5. Stabilisatie- en immunitetsbedingen

208. Een specifiek probleem stelt zich bij concessie-overeenkomsten, "joint ventures" ter ontginning van de ondergrond of ter gezamenlijke fabricage, enz. tussen een staat en een buitenlandse investeerder.

Enerzijds vergen dergelijke overeenkomsten van de investeerder een belangrijke inzet (know-how, kapitalen, e.d.), die slechts na meerdere jaren productie teruggewonnen kan worden. Om de investeerder te lokken verleent de staat hem vaak een juridisch gunststatuut (1).

De staat kan bijv. in een aanzienlijke mate afstand doen van zijn bevoegdheid om de winst te belasten (2). Hij kan er eveneens mee instemmen om minder inkomstenbelasting van het personeel te heffen. Hij kan tevens een vrijstelling of vermindering van rechten toekennen voor de invoer van machine-onderdelen, brandstof, levensmiddelen, enz. of voor de uitvoer van de productie (3).

Mede wegens dergelijke voordelen heeft de investering plaats. Wil de investering aantrekkelijk zijn, dan moet de staat de investeerder bijgevolg de garantie bieden dat het investeringsregime, waarop de investeerder steunt, meerdere jaren ongewijzigd zal blijven.

Anderzijds werd hoger gesteld dat het nationaal recht, op de overeenkomst van toepassing, moet aangewend worden zoals het bestaat. De contractuele bedingen gelden slechts in de mate zij niet tegen het dwingend recht hiervan indruisen. Het gevaar ligt nu juist in het feit dat veelal het nationaal recht van de staat, die het gunststatuut toekende, op de overeenkomst van toepassing zal zijn. De staat kan zijn recht bij het sluiten van de overeenkomst als "lex contractus" opdringen. Doch ook zonder rechtsoptie zal dit recht meestal als "lex contractus" gelden omdat de overeenkomst in die staat gelocaliseerd kan worden. In elk geval worden de modaliteiten van uitvoering trouwens

(1) Zie bijv. BOCKSTIEGEL, Der Staat, 223-233 ; FISCHER, Konzession, 266-345 ; NWOGUGU, Foreign investment in developing countries, 170-172.

(2) Zie FISCHER, Konzession, 280-282.

(3) Zie FISCHER, Konzession, 297-300.

geregeerd door het recht van de plaats van uitvoering, wat in de meeste gevallen het recht van de staat zal zijn (1). Eenmaal de kapitalen geïnvesteerd, is het evenwel niet uitgesloten dat de staat, door een wetswijziging, afschaft wat hij in de overeenkomst toestond (2). Wat niet haalbaar was in taaie onderhandelingen, wil de staat aldus in de wacht slepen door het invoeren van een wet, welke hij desnoods voor de gelegenheid creëerde. De staat kan bijv. een wet uitvaardigen waardoor de uitbating voor de investeerder bemoeilijkt of onmogelijk wordt, zodat deze afstand doet van zijn investering, terwijl de overheid zich klaar houdt om de uitbating over te nemen. De staat kan de onderneming eveneens bij wet onteigenen en zich de kapitalen openlijk toeëigenen.

209. Om dit gevaar af te wenden komen in enkele overeenkomsten tussen staten en buitenlandse investeerders zgn. stabilisatiebedingen voor (3). Door dergelijk beding wordt het nationaal recht van de staat, waarin geïnvesteerd is, "bevroren" met de inhoud die het heeft op het

(1) Zie deel III.

(2) Zie BORCHERS, Verträge von Staaten mit ausländischen Privatpersonen, 40-41 ; GOLDSCHMIDT, 136 RdC (1972, II), 275 ; RENGELING, Privatvölkerrechtliche Verträge, 85-86 ; SCHLESINGER-GUNDISCH, 28 RabelsZ. (1964), 6-9 ; WEIL, 128 RdC (1969, III), 149-150, 206 noot 3.

(3) Zie DELAUME, B.T.I.R. 1968, 359-360 ; FISCHER, Konzession, 300 ; KAHN, Ph., Problèmes juridiques de l'investissement dans les pays de l'ancienne Afrique française, Clunet 1965, 338-390, 382 ; KAHN, Ph., Etat actuel du droit des investissements étrangers dans les pays en voie de développement, The present state of international law, Deventer 1973, 283-306, 294-295. KAHN, Ph., Report 54th Conference I.L.A. 1970, 502-507 ; MULACK, Erdölkonzessionsabkommen, 166 ; WEIL, 128 RdC (1969, III), 229-234.

Van 1928 tot 1932 sloot het Kreuger-concern, de lucifer-trust, talrijke overeenkomsten af met Europese of Latijns-Amerikaanse staten waarbij Kreuger geld aan deze staten leende en in ruil concessies verkreeg voor de vervaardiging en verkoop van lucifers. In sommige overeenkomsten waren stabilisatiebedingen opgenomen (o.a. in de overeenkomst met Joegoslavië, Litauwen) (BORCHERS, Verträge von Staaten mit ausländischen Privatpersonen, 149).

ogenblik dat de overeenkomst gesloten wordt (1). In weinig overeenkomsten wordt weliswaar de term "stabilisatie" gebruikt (2). Vaker wordt in de overeenkomst een immuniteitsbeding ingelast dat deze immuniteit maakt voor wijzigingen van het nationaal recht van de staat, waarin geïnvesteerd wordt (3). De overeenkomst kan ook bedingen dat elke

(1) Dergelijk beding zou aanvaard worden door de arbiters van het Centrum van de Wereldbank-Conventie (Model clauses recording consent, ICSID 5, 18).

(2) Bijv. in de overeenkomst tussen Mauritanië en Planet Oil and Mineral Co. (1966), art. 4 :

"La Mauritanie garantit à la société pour la durée de la présente convention la stabilité des conditions générales, juridiques, économiques, financières et fiscales dans lesquelles la société exercera son activité telles que ces conditions résultent de la législation et des réglementations en vigueur à la date de signature de la présente convention ainsi que des dispositions de ladite convention" (Journal Officiel de la République Islamique de Mauritanie 21 september 1966, 304). Zie tevens de overeenkomst tussen Madagascar en CFP (1967), art. 14, geciteerd door FISCHER, KonzeSSION 379, noot 431.

Ook in de, inmiddels opgezegde, overeenkomst van Teheran tussen Abu Dhabi, Iran, Irak, Koeweit, Qatar, Saoedi-Arabië, R.P., C.F.P., Gulf, Shell, SOCAL, Texaco, Standard Oil, Hispanoil, enz. (14 februari 1971), werd vermeld :

"Total tax rates on income shall be stabilized in accordance with existing agreements" (art. 3(c) (1)) (10 I.L.M. (1971), 247-251, 248).

(3) WEIL, 128 RdC (1969, III), 229 spreekt derhalve over "clauses d'intangibilité".

Reeds in 1925 beloofde de U.S.S.R. aan Lena Goldfields :

"The Government undertakes not to make any alteration in the Agreement by Order, Decree or unilateral act or at all except with the Company's consent" (Zie NUSSBAUM, 36 Corn L.Q. (1950), 42-53).

De overeenkomst tussen Iran en de Anglo-Iranian Oil Co. (1933) be-
dond in art. 21 "This Concession shall not be annulled by the Government and the terms therein contained shall not be altered either by general or by special legislation in the future, or by administrative measures or any other act whatever of the executive authorities" (Zie Anglo-Iranian Oil Co. Case, I.C.J. Pleadings, oral arguments, documents, 31).

Dergelijk beding wordt ook in andere overeenkomsten overgenomen. Bijv. overeenkomst tussen Iran en het Olie-consortium (1954), art. 41, b, (FARMANFARMA, A., The Oil Agreement between Iran and the International Oil Consortium : the law controlling, Texas Law Review 1955, 259-287) ; tussen Ghana en Volta Aluminum Co. (1960), art. 36 (NWOGUGU, Foreign investment in developing countries, 170-172) ; tussen Permina en een Indonesische onderneming (1963), art. 27 (3 I.L.M. (1964), 284) ; tussen Koeweit en Kuwait National

nieuwe wet slechts van toepassing zal zijn in de mate zij voor de investeerder een gunstiger regime vestigt dan dat der overeenkomst of der bestaande wetten (1).

De immuniteit van de overeenkomst t.o.v. de nationale wet kan evenwel

.../...

Petroleum Co. en Hispanoil (1968), art. 26 (OPEC 1968, 155, 183) ; tussen Koeweit en Shell (geciteerd door DELAUME, B.T.I.R. 1968, 356 noot 52) ; Jordan National Resource Authority en Industrija Nafte Zagreb (1968), art. 30 (OPEC 1968, 335, 358).

Vaak kom in de olie-overeenkomsten het volgende stabilisatie-beding voor :

"No tax, impositions, duty, fee, charge or levy shall be imposed upon the borings, products, materials, equipment, installations or plants of companies ... or any ... substance ... used by the Companies for the purpose of their operations authorized by this Agreement ; or upon any distribution by the Companies of their income from or investment in operations authorized by this Agreement" (Overeenkomst tussen Abu Dhabi en drie Japanse ondernemingen (1967), art. 16 (OPEC 1967, 137, 145) ; tussen Abu Dhabi en Middle East Oil Co., art. 17 (OPEC 1970, 149, 161) ; tussen Abu Dhabi en Pan Ocean Oil Co., art. 17 (OPEC, 1970, 193, 205) ; tussen INOC en ERAP, art. 37 (KOJANEC, YBWA 1970, 203)).

Eveneens : "The provisions of the Mining Act ... shall not be applicable to this Agreement, and any other laws or regulations which may be wholly or partly inconsistent with the provisions of this Agreement shall to the extent of any such inconsistency be of no effect in respect of the provisions of this Agreement". (Overeenkomsten tussen NIOC enerzijds en Pan American Oil Co. (art. 45), AGIP (art. 39), ERAP (art. 44) anderzijds (respectievelijk OPEC 1966, 100 ; 67 en 132). Zie tevens FISCHER, Konzession, 376 en de aldaar geciteerde uitspraken.

Zie bovendien de overeenkomst tussen YPF (Argentinië) en Dresser (art. 35), (GOLDSCHMIDT, 136 RdC (1972, II), 272).

- (1) Zie de overeenkomst geciteerd door DELAUME, B.T.I.R. 1968, 359 noot 60 en 360 noot 66 :

"Toute loi subséquente postérieure à la signature de la présente ayant un objet fiscal ou douanier ainsi que toute modification ou abrogation de telle loi ne seront applicables ... que dans la mesure où elles créent un régime plus avantageux par rapport à celui en vigueur à la date de la promulgation du Décret ... ou celui déterminé par la présente Convention".

ook in het nadeel van de investeerder uitvallen. Thans liggen de economische kaarten zo dat olieconcessies, die nu afgesloten worden, voorwaarden inhouden welke duidelijk ongunstiger zijn dan hetgeen de wetten van de oliestaat bepalen (1). Door een beding van immuniteit blijven de contractuele bedingen aldus gelden en worden zij niet opzij gezet door de voor de investeerder gunstigere normen van het nationaal recht.

210. De waarde van een stabilisatie- of immuniteitsbeding is omstre-
den.

Wanneer enkel het nationaal recht (van de staat-contractant) de overeenkomst tussen de staat en de buitenlandse investeerder beheerst, wordt de waarde van een stabilisatie- of immuniteitsbeding door dit nationaal recht bepaald. De bedingen der overeenkomst gelden slechts in de mate zij niet tegen dwingende rechtsnormen van dit nationaal recht indruisen. Derhalve kan een stabilisatie- of immuniteitsbeding de toepassing niet beletten van nadien uitgevaardigde dwingende rechtsnormen (van de staat-medecontractant). De wetgevende macht of de regering kan de overeenkomst met een buitenlands persoon evenwel allures van een wet of een administratieve beslissing verlenen. De verhouding tussen de contractuele verplichtingen van de staat en de latere, hiermee strijdige overheidsbeslissing kan aldus eventueel herleid worden tot de verhouding tussen twee overheidsbeslissingen. De hiërarchie tussen de overheidshandelingen, de adagia "lex posterior derogat priori" en "lex specialis derogat generali" zullen dan een oplossing bieden. Een stabilisatie- of immuniteitsbeding, dat enkel beoordeeld wordt volgens het nationaal recht van de staat-medecontractant, biedt bijgevolg nagenoeg geen bescherming.

Opdat een stabilisatie- of immuniteitsbeding zou kunnen gelden, is derhalve als eerste voorwaarde vereist dat de overeenkomst tussen de investeerder en de staat, waarin dit beding voorkomt, niet overgeleverd is aan het wetgevend dictaat van de staat-medecontractant ; m.a.w.

(1) FISCHER, Konzession, 374.

dat de overeenkomst niet (uitsluitend) beheerst wordt door het recht van de staat-medecontractant (1). In de volgende hoofdstukken wordt onderzocht in welke mate de overeenkomst kan beheerst worden door de algemene rechtsbeginselen of het internationaal recht.

Een stabiliteits- en immuniteitsbeding kan bovendien slechts gelden wanneer de staat de mogelijkheid heeft om zijn soevereine wetgevingsmacht contractueel aan banden te leggen. Ook dit blijft in deze studie een open vraag.

De Aramco-uitspraak stelde weliswaar duidelijk :

"Rien ne s'oppose à ce qu'un Etat, dans l'exercice de sa souveraineté, se lie irrévocablement par les clauses d'une concession et attribue à un concessionnaire des droits irrévocables" (2).

Ook talrijke auteurs waren deze mening toegedaan (3). Anderen meenden dat de staat zich niet tegenover een privaatspersoon kon verplichten om afstand te doen van zijn soevereine wetgevingsmacht (4). In meerdere

-
- (1) Zie FISCHER, Konzession, 379 en de aldaar geciteerde auteurs ; RENGELING, Privatvölkerrechtliche Verträge, 184-186.
 - (2) R.C.D.I.P. 1963, 315.
 - (3) Zie naast het infra geciteerd artikel van RAY, G.W., BORCHERS, Verträge von Staaten mit ausländischen Privatpersonen, 149 ; FISCHER, Konzession, 443 ; HABACHY, S., (de arbiter, door Aramco aangesteld), Content of Sovereignty, in Rights and Duties of Private Investors Abroad, New York 1965, 89-121, 110-111 ; GODFREY, N., (raadsman voor Aramco), The content of Sovereignty : comparing Pacta sunt servanda, in Private Investors Abroad, Problems and Solutions, New York 1968, 213-221, 220 ; stelling van Groot-Britannië in Anglo-Iranian Oil Co. Case, I.C.J. Pleadings, Oral Arguments, Documents, 89-90.
 - (4) Zie hierover RAY, G.W., Law governing contracts between states and foreign nationals, Proceedings of the 1960 Institute on Private Investments Abroad, Albany 1960, 5-79, 55-62 ; RAY, Protection of private foreign investments, 457 ; KISSAM, L. en LEACH, L., Sovereign expropriations of property and abrogation of concession contracts, Selected Readings on Protection by Law of Private Foreign Investments, Dallas 1964, 353, 385. Zie tevens VEDEL, Rev. Arb. 1961, 128-129 : Stelling van Iran in de Anglo-Iranian Oil Co. Case, I.C.J., Pleadings, Oral Arguments, Documents, 288 ; WENGLER, R.C.D.I.P. 1971, 660. Wengler ziet in dergelijk beding slechts een intentieverklaring van de staat (R.C.D.I.P. 1972, 339-343).

UNO-resoluties werd gesteld dat de staat de permanente soevereiniteit over de natuurlijke rijkdommen bezit (1). Deze permanente soevereiniteit sluit - voor sommige auteurs - een bestendig en onvervreemdbaar eigendomsrecht in. Bijgevolg zou de staat, door een stabilisatie- of immuniteitsbeding, geen afstand kunnen doen van zijn recht op de natuurlijke rijkdommen. Zelfs ondanks een stabiliteits- of immuniteitsbeding zou derhalve elke overeenkomst van een staat mbt. zijn natuurlijke rijkdommen door de staat-medecontractant gewijzigd kunnen worden (2).

-
- (1) Zie o.m. resoluties van de Algemene Vergadering 1803 (XVII), 2158 (XXI), 2386 (XXIII), 2625 (XXV), 2692 (XXV), 3016 (XXVII), 3171 (XXVIII) ; 3201 (S-VI), 3281 (XXIX) ; en van de Veiligheidsraad 330 (1973).
- (2) CASTANEDA, J., La Charte des Droits et des Devoirs économiques des Etats du point de vue du droit international, in Justice économique internationale, Parijs 1976, 75-117, 91. Zie bijv. SALEM, M., Vers un nouvel ordre économique international, Clunet 1975, 753-800, 783.

HOOFDSTUK V

DE ALGEMENE RECHTSBEGINSELEN

211. De plaats van de algemene rechtsbeginselen als arbitrale beslechtingsnorm is moeilijk te omschrijven. Voor de voorstanders van anationale beslechtingsnormen zijn zij de vereiste aanvulling voor de anationale handelsgebruiken. Anderzijds hebben de algemene rechtsbeginselen banden met het nationaal en het internationaal recht : wel zij ondanks hun voornaamste voedingsbodem in nationale rechtssystemen, vormen zij samen met de verdragen en de internationale gewoonten immers een bron van internationaal recht.

Het ligt niet in de bedoeling om de rol der algemene rechtsbeginselen in het internationaal recht te schetsen, noch om de grondslag, inhoud en levenskansen van een anationaal rechtssysteem, dat uit algemene rechtsbeginselen zou bestaan, te bespreken. Deze elementen komen slechts onrechtstreeks aan bod. Dit hoofdstuk wil enkel belichten in welke mate algemene rechtsbeginselen als beslechtingsnormen kunnen fungeren bij de transnationale handelsarbitrage. Deze beginselen worden immers vaak als norm door de partijen aangeduid en/of door de arbiters gekozen (§ 1). Voor de arbiters is het evenwel niet gemakkelijk om hun inhoud vast te stellen (§ 2). Hoe kunnen arbiters trouwens algemene rechtsbeginselen als beslechtingsnorm aanwenden (§ 3) ? Voor de arbiter naar billijkheid hebben deze beginselen weliswaar een speciale aantrekkingskracht (§ 4). Tenslotte bestaat een variante op de beslechting volgens de algemene rechtsbeginselen : de binomiale benadering (§ 5).

§ 1. Algemene rechtsbeginselen en de transnationale handelsarbitrage

212. Soms duiden de partijen in hun overeenkomst de algemene rechts-

beginselen aan als de relevante normen (1). Nagenoeg al deze overeenkomsten betreffen petroleumconcessies, waarbij een staat (of onderneming, nauw met de staat verwant) partij is. Dat deze overeenkomsten petroleum tot voorwerp hebben is een economisch gegeven ; dat partijen evenwel in een dergelijke overeenkomst voor de algemene rechtsbeginselen opteeden, beantwoordt aan een juridisch streven. Hierdoor willen de partijen de overeenkomst boven de sfeer der nationale rechtssystemen verheffen en haar laten beheersen door normen die niet meer in een bepaald rechtssysteem thuis horen. Het is hun bedoeling de

(1) Zie, voorzover niet hierna geciteerd :

- Overeenkomst tussen Turkije en de Compagnie Générale pour l'Exploitation des Chemins de fer de la Turquie d'Europe (1872), waarin bepaald werd dat de rechtsbeginselen gemeen aan Oostenrijk, Italië, Frankrijk, Duitsland de inhoud van de overeenkomst bepaalden (FISCHER, Konzession, 354).
- Overeenkomst tussen de Republiek Tunesië en een Zweedse superfosfaatfabriek tot oprichting van een productie-eenheid in Tunesië (1960), (SPOFFORD, 113 RdC (1964, III), 205-206).
- Overeenkomst tussen Sonatrach (Algerië) en Getty Oils (art. 30), (OPEC 1968, 30).

Meestal opteren de partijen slechts in subsidiaire orde voor de algemene rechtsbeginselen. In hoofddeorde duiden zij dan een andere normenbron aan. Slechts een enkele maal verplichten zij de arbiters onmiddellijk naar de algemene rechtsbeginselen te grijpen : Overeenkomst tussen Abu Dhabi en Phillips Petroleum Co., American Independent Oil Co. en AGIP (art. 29), (OPEC 1967, 165). Overeenkomst tussen het Koninkrijk Jordanië en George Izmiri of Edwin Pauley, (SPOFFORD, 113 RdC (1964, III), 205). Overeenkomst tussen de Republiek Tunesië en een Zweedse superfosfaatfabriek (1960), (SPOFFORD, 113 RdC (1964, III), 205-206) ; overeenkomst tussen INOC en ERAP (art. 35), (KOJANEC, YBWA 1970, 202) ; overeenkomst tussen AGIP en Tanzanië, (KOJANEC, YBWA 1970, 205).

Een eigen groep vormen de overeenkomsten, afgesloten met Algerijnse ondernemingen, en die, wegens het Franse-Algerijnse "protocol relatif à l'association cooperative" door een speciale arbitrage-instelling dienden beslecht en waarop de termen van dit protocol van toepassing werden (zie nr. 2). Echter, "en cas de silence ou de lacune des textes, le tribunal arbitral peut recourir aux principes généraux du droit" (art. 174) (Franse Journal Officiel 28 december 1965, 11800, 11819).

Zie tevens voor de overeenkomsten tussen privaatspersonen en internationale organisaties waar dergelijke aanduiding eerder zelden voorkomt : SEYERSTED, 122 RdC (1967, III), 494-495 ; VALTICOS, Ann. I.D.I. 1977, nr. 49-50.

overeenkomst aldus te "internationaliseren" (1) of te "denationaliseren" (2).

Vooral bij overeenkomsten met een staat (of hiermee verwante entiteit) kan de optie voor algemene rechtsbeginselen geïnspireerd zijn door negatieve motieven, nl. omdat de partijen geen nationaal recht als "lex contractus" kunnen aanvaarden. Voor de staat is het immers politiek onduidbaar dat een ander recht dan het zijne op de overeenkomst van toepassing zou zijn. Voor zijn medecontractant betekent het daarentegen een te groot risico om de overeenkomst te laten regeren door een recht dat de staat naar willekeur kan wijzigen om aan zijn contractuele verplichtingen te ontsnappen (3). In dit geval beveiligen de algemene rechtsbeginselen de overeenkomst tegen de wijzigingen van het nationale recht (4).

De "internationalisatie" of "denationalisatie" van overeenkomsten tussen staten en buitenlandse investeerders lijkt in sommige sectoren

-
- (1) BORCHERS, Verträge von Staaten mit ausländischen Privatpersonen, 139 ; DELAUME, B.T.I.R. 1968, 345-346 ; FISCHER, Konzession, 447 ; MANN, Brit. YB. Int. L. 1944, 19 ; O'CONNELL, D.C., International Law, London 1965, 1060-1062 ; WEIL, 128 RdC (1969, III), 157-164.
 - (2) LAUTERPACHT, Recueil Guggenheim, 653 ; REIMANN, Zur Lehre von "rechtsordnungslosen" Vertrag, 26 ; SCHLESINGER-GUNDISCH, 28 RabelsZ. (1968), 4-5 ; ZWEIGERT, 5 Ber. D. Ges. VR. (1964), 207.
 - (3) Zie nr. 208.
 - (4) Een merkwaardig beding vindt men bijv. in het Frans-Algerijns Akkoord inzake vloeibare brandstoffen en industriële ontwikkeling (art. 46, lid 4) :
 "Le tribunal arbitral international statue sur la base de droit applicable en vertu du Code pétrolier saharien. L'interprétation du Code pétrolier saharien et, en tant que de besoin, des dispositions du présent accord est, si nécessaire, effectuée par référence au droit administratif français et notamment à la jurisprudence du Conseil d'Etat français. En cas de silence ou de lacune des textes, le tribunal peut recourir aux principes généraux du droit".
 (Franse Journal Officiel 28 décembre 1965, 11793. Zie tevens het Akkoord van 26 juni 1963, Franse Journal Officiel 31 août 1963, 7964 en VIGNIER, C., L'accord franco-algérien du 26 juin 1963 en matière d'arbitrage pétrolier pour le respect des droit acquis au Sahara, A.F.D.I. 1964, 383-389).

evenwel achterhaald. Talrijke petroleumstaten dringen bijvoorbeeld hun nationaal recht op als "lex contractus". De huidige stroming is bijgevolg een "deinternationalisatie" of "renationalisatie", waar algemene rechtsbeginselen terug moeten wijken voor het nationaal recht (1).

Niet steeds worden algemene rechtsbeginselen gekozen door eliminatie, nl. omdat geen ander rechtssysteem in aanmerking kan komen. Ook een positieve reden - het geloof dat de algemene rechtsbeginselen beter dan elk nationaal recht als "lex contractus" zouden kunnen gelden - kan tot een dergelijke optie leiden. Aldus wordt soms in overeenkomsten tussen een internationale organisatie en een privaatspersoon voor de algemene rechtsbeginselen geopteerd (2).

213. Arbiters wenden bovendien algemene rechtsbeginselen als beslechttingsnorm aan zonder dat de partijen hen dit opdroegen. Fouchard stelt trouwens dat de meeste uitspraken der transnationale handelsarbitrage volgens de algemene rechtsbeginselen beslecht worden (3). Arbiters, die niet vermelden dat zij volgens een nationaal recht beslechten, zouden immers - aldus Fouchard - volgens de algemene rechtsbeginselen oordelen. Deze opvatting getuigt m.i. van een vooringenomen standpunt : enerzijds is het niet omdat een arbiter niet uitdrukkelijk verklaart dat de beslechttingsnorm tot een nationaal recht behoort, dat dit niet het geval zou zijn ; anderzijds volstaat het niet dat de arbiter een norm verwoordt opdat deze een algemeen rechtsbeginsel zou worden. Lijnrecht tegenover Fouchard staat bovendien Krafzik die, na een onderzoek van uitspraken van Duitse transnationale arbitrage-instellingen, tot het besluit kwam dat de algemene rechtsbeginselen in geen enkele uitspraak toegepast werden (4). M.i. mag men enkel stellen dat arbiters algemene rechtsbeginselen toepasten, indien

-
- (1) FISCHER, Konzession, 428 ; KOJANEC, YBWA 1970, 204-205 ; MULACK, Erdölkonzessionsabkommen, 248.
 - (2) Zie bijv. SCHLESINGER-GUNDISCH, 28 RabelsZ. (1964), 12 ; tevens SEYERSTED, 122 RdC (1967, III), 494-495, 599-600 ; VALTICOS, Ann. I.D.I. 1977, nr. 49-50.
 - (3) FOUCHARD, Arbitrage, nr. 609.
 - (4) KRAFZIK, Spruchpraxis, 118.

dit uit de uitspraak blijkt.

Arbiters, die algemene rechtsbeginselen aanwenden, zeggen niet waarom zij dit doen. Het is mogelijk dat zij de algemene rechtsbeginselen aanwenden om het verwijt te ontlopen dat hun beslechting steunde op een specifiek rechtssysteem met al zijn eigenaardigheden (1). Zij kunnen ook met de vermelding van algemene rechtsbeginselen aantonen dat de normen van nationaal recht, die zij aanwenden, eenzelfde inhoud bezitten als de algemene rechtsbeginselen en bijgevolg rechtvaardig zijn (2). Arbiters kunnen eveneens een beroep doen op de algemene

-
- (1) - "Il suffit de se référer aux principes régissant la vente, notamment en droit néerlandais" (I.K.K. nr. 2274).
 - "Le contrat devait être exécuté dans trois pays (Libanon, Syrië en Jordanië). La fixation, pour son application, d'une loi particulière présenterait quelques difficultés. Les parties ont cependant manifestement entendu se référer aux principes généraux et aux usages du commerce international" (I.K.K. nr. 1859, tevens geciteerd door DERAIS, Rev. Arb. 1973, 134).
 - "En droit commun - et le droit de l'Etat défendeur ne contredit nullement cette constatation -..." (I.K.K. nr. 1526, tevens geciteerd in Jur. Anv. 1969, 82 : Clunet 1974, 916).
- (2) - "Considérant que le droit italien paraissant le plus approprié, il échet de le déclarer applicable, étant observé que les règles législatives italiennes édictées en matière d'interprétation d'obligations contractuelles et les principes généraux communs aux nations civilisées ne sont nullement contradictoires" (I.K.K. nr. 1422, tevens geciteerd door Clunet 1974, 886).
 - Zo stelde de Joegoslaafse Arbitrage-commissie dat zowel de Joegoslaafse wet als de algemene beginselen van het verbintenissenrecht eenzelfde bepaling hadden voor "lucrum cessans". (Uitspraak 1 april 1966, geciteerd door VARADY, Jug. Rev. Med. Pravo 1970, 356 ; tevens uitspraak 9 februari 1966, idem).
 De Joegoslaafse Arbitrage-commissie kende in een ander geval verwijlinteressen toe alhoewel de overeenkomst dit niet voorzag. Immers de algemene rechtsbeginselen van het handelsrecht, zowel als de Joegoslaafse handelswet, legden de schuldenaar deze verwijlinteressen op. Merkwaardig was echter dat de arbiters afwaken van de specifieke rentevoet, die door de Joegoslaafse wet geëist werd, en 6 % toekenden alhoewel ongetwijfeld ook de andere rechtssystemen niet eenvormig 6 % als rentevoet aanvaardden (Uitspraak 20 mei 1965, geciteerd door VARADY, Jug. Rev. Med. Pravo 1970, 356).

rechtsbeginselen omdat het nationale recht, dat normaliter aanwendbaar zou zijn, geen geschikte rechtsnormen inhoudt (1). Heden is het evenwel minder waarschijnlijk dat een handeldrijvende natie over geen voldoende uitgewerkt handelsrecht zou beschikken (2). Indien nodig kunnen de algemene rechtsbeginselen het nationale recht echter blijven aanvullen. De arbiters kunnen eveneens de algemene rechtsbeginselen boven het nationaal recht verkiezen indien de overeenkomst volgens dit nationaal recht ongeldig is (3) of indien het niet billijk

- (1) "En l'absence de règles particuliers dans la loi espagnole concernant les contrats d'exclusivité, les parties s'en remettent pour la détermination de leurs obligations contractuelles aux normes générales du droit et aux règles et usances existant en la matière" (I.K.K. nr. 1903).

- In het geschil tussen Petroleum Development (Trucial Coast) Ltd. en de Sjeik van Abu Dhabi meenden de arbiters dat normaliter het recht van Abu Dhabi diende aangewend. Dit recht kwam evenwel niet in aanmerking :

"No such law can reasonably be said to exist... ; and it would be fanciful to suggest that in this very primitive region there is any settled body of legal principles applicable to the construction of modern commercial instruments".

Om zich uit de nood te helpen deden de arbiters een beroep op de "principles rooted in the good sense and common practice of the generality of civilized nations" (1. I.C.L.Q. (1952), 247-261, 250-251).

- Ook in de arbitrage tussen de Heerser van Qatar en de International Marine Oil Co. oordeelden de arbiters :

"There is no settled body of legal principles in Qatar applicable to the construction of modern commercial instruments".

Bijgevolg waren de algemene rechtsbeginselen van toepassing (20 I.L.R., 534, 545).

Zie tevens de uitspraak tussen Aramco en Saoedi-Arabië, R.C.D.I.P. 1963, 314-315 en HABACHY, S., Content of Sovereignty, in Rights and Duties of Private Investors Abroad, New York 1965, 89-121, 119.

- (2) Zie bijv. LANGEN, Transnational Commercial Law, 218 ; ZWEIGERT, 5 Ber. D. Ges. VR., 214.
- (3) In het geschil tussen de Heerser van Qatar en de International Marine Oil Co. zou de overeenkomst, indien het recht van Qatar van toepassing was, waarschijnlijk ongeldig wezen. Men kon anderszids niet veronderstellen dat de Heerser van Qatar de bedoeling had om een overeenkomst, die hem belangrijke voordelen opleverde, te onderwerpen aan een recht dat deze overeenkomst ongeldig maakte. Om deze reden besloten de arbiters niet het recht van Qatar, maar de algemene rechtsbeginselen aan te wenden (20 I.L.R., 534).

zou zijn dat de overeenkomst aan de "ad hoc" wetgeving van dit nationaal recht overgeleverd zou zijn.

In de uitspraak in het geschil tussen Petroleum Development (Trucial Coast) en de Sjeik van Abu Dhabi stelden de arbiters vast dat : "The Sheik administers a purely discretionary justice with the assistance of the Koran". Hieruit besloten zij dat de algemene rechtsbeginselen de aangewezen beslechtingsnormen waren (1).

De omstandigheden van het geschil tussen Lena Goldfields Ltd. en de U.S.S.R. tonen duidelijk aan dat de arbiters soms genoodzaakt kunnen zijn om de algemene rechtsbeginselen i.p.v. het lokale nationale recht aan te wenden. Het Engelse bedrijf Lena Goldfields verkreeg in 1925 van de Sovjet regering meerdere mijnconcessies. Het was volop het tijdperk van de liberale Nieuwe Economische Politiek (1922-1928), waardoor Rusland door een versoepeling van het economisch bestel een opbloei van de economie beoogde. In 1929 - nadat de etatistische lijn verstrakt was en het eerste vijfjaren-plan een aanvang nam - werden Lena Goldfields' werknemers aangevallen als dienaars van het kapitalisme. Op een zelfde nacht werden bijv. in de verscheidene filialen, soms duizend mijlen van elkaar gelegen, de stafmedewerkers gevangen genomen en de bedrijfsdocumenten in beslag genomen. Lena Goldsfields staakte elke activiteit en de Sovjets namen de ondernemingen over. Het kwam tot arbitrage. De arbiters aanvaardden dat het Sovjet recht van toepassing was voor alle aangelegenheden welke in de U.S.S.R. gelocaliseerd waren. Met het gedrag van de Sovjet overheid voor ogen beseften zij het gevaar dat de Sovjet regering de naasting op elk ogenblik door een wet kon legitimeren. Om de overeenkomst zoveel mogelijk aan de greep van de Sovjet wet te onttrekken besloten zij dat voor de aspecten van het geschil, die niet in de U.S.S.R. gelocaliseerd waren, de algemene rechtsbeginselen - zoals deze door art. 38 van het Statuut van het Permanent Hof van Internationale Justitie erkend werden - als normen zouden gelden. De arbiters konden dit besluit enigszins rechtvaardigen omdat de overeenkomst tussen Lena Goldfields en de U.S.S.R. volkenrechtelijke allures bezat : het was immers de Commissaris voor Buitenlandse Zaken van de Sovjet regering die de overeenkomst ondertekend had ; menige van haar termen doelden eerder op de aanwending van internationale dan van nationale rechtsbeginselen (2).

De bedoeling der arbiters om een overeenkomst tussen een staat (of een met deze verwante onderneming) en een buitenlandse investeerder aan de algemene rechtsbeginselen te onderwerpen blijkt het duidelijkst uit de arbitrale uitspraak die gevelde werd in een geschil tussen de National Iranian Oil Company en Sapphire :

(1) 1 I.C.L.Q., (1952), 247, 250-251.

(2) NUSSBAUM, 36 Corn. L. Q. (1950), 50.

"Under the present agreement, the foreign company was bringing financial and technical assistance to Iran, which involved it in investments, responsibilities and considerable risks. It therefore seems normal that they could be protected against any legislative changes which might alter the character of the contract and that they should be assured of some legal security. This could not be guaranteed to them by the outright application of Iranian Law, which it is within the power of the Iranian State to change" (1).

De arbiters besloten derhalve de algemene rechtsbeginselen toe te passen.

"Such a solution seems particularly suitable for giving the guarantees of protection which are indispensable for foreign companies, which undergo very considerable risks in bringing financial and technical aid to countries in the process of development. It is in the interest of both parties to such agreements that any dispute between them should be settled according to the general principles universally recognized and should not be subject to the particular rules of national laws, which are very often unsuitable for solving problems concerning the rights of the state where the contract is being carried out, and which are always subject to changes by this state and are often unknown or badly known to one of the contracting parties" (2).

De algemene rechtsbeginselen laten de arbiters trouwens toe om de rechtsverhouding, waarrond het geschil draait, juridisch te kwalificeren. Aldus kunnen zij beslissen welke rechtsnormen relevant zijn.

In de uitspraak inzake het geschil tussen Aramco en Saoedi-Arabië trachtten de arbiters, o.a. aan de hand van de algemene rechtsbeginselen, de juridische natuur van de olieconcessie na te gaan : was het een publiekrechtelijke handeling, of een administratieve overeenkomst, een huur, een overeenkomst "sui generis" ?

"Il est dès lors nécessaire de déterminer la nature juridique de la concession pétrolière ... en ayant recours non seulement au droit comparé et aux principes généraux du droit, mais aussi à la science juridique pure qui vise à dégager, par l'analyse, les éléments constants d'une institution juridique, quelles que soient les particularités que peuvent présenter les droits positifs et les doctrines prédominantes dans les divers Etats" (3).

(1) 13 I.C.L.Q. (1964), 1012.

(2) 13 I.C.L.Q. (1964), 1015.

(3) R.C.D.I.P. 1963, 307.

Bovendien kunnen de algemene rechtsbeginselen bij de arbitrage fungeren als principes van openbare orde. Zo kunnen de arbiters van de aanwending van een nationaal recht afzien wanneer dit normen bevat welke niet stroken met de algemene rechtsbeginselen.

In de Aramco-uitspraak besloten de arbiters dat het recht van Saoedi-Arabië van toepassing was. Doch zij voegden hieraan toe :

"...Ce droit doit, au besoin, être interprété ou complété par les principes généraux du droit..., notamment lorsque certains droits privés qui doivent nécessairement être reconnus au concessionnaire à peine de priver la concession de sa substance, ne lui seraient pas assurés d'une manière indubitable par le droit en vigueur dans l'Arabie Saoudite" (1).

Tenslotte kunnen de arbiters de algemene rechtsbeginselen ook gemakkelijheidshalve aanwenden indien de partijen de inhoud van het recht, dat van toepassing zou zijn, niet voldoende bewezen hebben.

In de Alsing-arbitrage waren zowel de partijen (de Griekse staat en Zweedse ondernemingen) als de Zwitserse umpire het erover eens dat het Griekse recht aangewend diende te worden. De Griekse regering gaf evenwel toe dat alle Europese rechtssystemen nagenoeg eenzelfde inhoud terzake hadden. Derhalve achtte zij de vraag naar de concrete inhoud van het Griekse recht zonder praktisch belang. De umpire beaamde dit. Daar de inhoud van het Griekse recht niet voldoende aangetoond was, wendde de Zwitserse umpire de algemene rechtsbeginselen aan (2).

§ 2. Vaststelling der algemene rechtsbeginselen

214. Meestal worden algemene rechtsbeginselen met het internationaal recht geassocieerd. Zij zijn er immers één der bronnen van (3). Art.

- (1) R.C.D.I.P. 1963, 316.
- (2) 23 I.L.R., 633-658. Tevens SCHWEBEL, S.A., *The Alsing Case*, 8 I.C.L.Q. (1959), 320.
- (3) Zie over de rol der algemene rechtsbeginselen in het volkenrecht bijv. BERBER, F., Lehrbuch des Völkerrechts, München-Berlijn 1960, 65-76 ; GUGGENHEIM, P., Traité de droit international public, Genève 1967, deel I, 391-312 ; ROUSSEAU, Ch., Droit international public, Parijs 1970, 370-397 ; WENGLER, W., Völkerrecht, Berlijn 1964, deel I, 361-371 ; O'CONNELL, D.P., International Law, London 1970, 5-15 ; LAUTERPAECHT, H., Oppenheim-International Law, Londen 1967, deel I, 29-31.

38 van het Statuut van het Internationaal Gerechtshof stelt trouwens dat dit Hof : "in overeenstemming met het internationale recht ... (c) de door de beschaafde volken erkende algemene rechtsbeginselen" moet toepassen. Ook art. 38 van het Statuut van het Permanent Hof van Internationale Justitie, dat het Internationaal Gerechtshof vooraf ging, bevatte eenzelfde bepaling.

Uit de formulering van hun rechtsoptie blijkt veelal dat partijen, die algemene rechtsbeginselen als normen kiezen, dachten aan de beginselen die de rechters van het Internationaal Gerechtshof toepasten. Soms nemen zij de terminologie van art. 38 over en spreken zij van "algemene rechtsbeginselen der beschaafde volken" (1). In andere gevallen verwijzen zij rechtstreeks naar art. 38 (2). Trouwens, ook zonder beding der partijen kan de arbiter het nuttig vinden om algemene rechts-

-
- (1) Bijv. overeenkomsten tussen het Olie-Consortium en Iran (1954) (art. 46), (geciteerd door FARMANFARMA, A., The Oil Agreement between Iran and the International Oil Consortium, Texas Law Review 1955, 259-287, 268-269 ; VERDROSS, 18 ZaöRV (1957), 643) ; tussen Petroleum Development (Qatar) en de Sjeik van Qatar (1935) (art. 16), (18 I.L.R. 161 ; VERDROSS, 18 ZaöRV (1957), 644 ; MULACK, Erdölkonzessionsabkommen, 168) ; tussen de Sjeik van Koeweit en de Arabian Oil Co. (1958) (geciteerd door FISCHER, Konzession, 354 ; SPOFFORD, 113 RdC (1964, III), 206) ; tussen de Sjeik van Koeweit en de Kuwait Shell Petroleum Co. (1961), (geciteerd door SPOFFORD, 113 RdC, 207) ; tussen de Egyptian General Petroleum Co. en Pan American Oil Company (1964), (geciteerd door SPOFFORD, 113 RdC (1964, III), 207) en (1969), (geciteerd door FISCHER, Konzession, 353) ; tussen Phillips Petroleum Co., American Independent Oil Co. en AGIP (1967), (art. 29) (OPEC, 1967, 165) ; tussen Abu Dhabi en Mitshubishi, (1968), (art. 34) (OPEC, 1968, 62) ; tussen een orgaan van de Verenigde Naties en een Libanese aannemer (MCNAIR, Brit. YB. Int. L. 1957, 15).
- (2) Overeenkomsten tussen de Anglo-Iranian Oil Co. en Iranian Oil Co. en Iran (1933) (art. 22) (geciteerd door MCNAIR, Br. YB. Int. L. 1957, 7-8 ; VERDROSS, 18 ZaöRV (1957), 644 ; SCHLESINGER-GUNDISCH, 28 RabelsZ. 1964, 8 ; zie tevens Beschikking (5 juli 1951) en Arrest (22 juli 1952) van het Internationaal Gerechtshof, ICJ Reports, respectievelijk 1951, 89 en 1952, 93) ; tussen Syrië en de Middle East Pipelines Ltd. (1949) (art. 23 § 2.) (geciteerd door LALIVE, 13 I.C.L.Q. (1964), 1001) ; tussen het Koninkrijk Jordanië en G. Izmiri (1957) of E. Pauly, (geciteerd door SPOFFORD (1964, III), 205).

beginselen, zoals bedoeld door art. 38, toe te passen (1).

215. Vermits de algemene rechtsbeginselen in de eerste plaats deze zijn die door het Internationaal Gerechtshof aangewend worden, kunnen arbiters, die de inhoud van deze beginselen moeten kennen, vooreerst te rade gaan bij de talrijke precedents van internationale juridicties waarin reeds algemene rechtsbeginselen erkend werden (2). Soms bedingen de partijen trouwens dat de arbiters dit moeten doen (3). Voor enkele gevallen kan dit nuttig zijn. De algemene rechtsbeginselen die uit precedents gehaald kunnen worden, volstaan evenwel niet. Wanneer de beslechting dit vereist, moet de arbiter tevens nieuwe algemene rechtsbeginselen verwoorden. Hoe kunnen deze gevonden worden ?

216. In het internationaal recht dekt het begrip "algemene rechtsbeginselen" een dubbele lading : enerzijds omvat het de algemeen aanvaarde principes van het interne recht ; anderzijds bestaat het uit de beginselen van internationaal recht die algemeen aanvaard zijn (4).

-
- (1) Arbitrale uitspraak 7 juli 1966 inzake het geschil tussen de Griekse Staat en verscheidene electriciteitsmaatschappijen (geciteerd door WEIL, 128 RdC (1969, III), 169).
 - (2) Zie bijv. het overzicht en de bibliografie gegeven door CHENG, B., General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals, London 1953 ; zie tevens MCNAIR, Brit. YB. Int. L. 1957, 16-18 ; O'CONNELL, D.P., o.c., 5-15 ; ROUSSEAU, Ch. o.c., 380-389.
 - (3) Zie de overeenkomsten tussen Abu Dhabi en Mitshubishi ; tussen de Sjeik van Koeweit en de Arabian Oil Co., en met de Kuwait Shell Petroleum Co. ; tussen de Egyptian Oil Petroleum Co. en Pan American Oil Co. ; tussen Iran en het Internationale Olie-Consortium (1954) ; tussen Abu Dhabi en Phillips Petroleum Co., American Independent Oil Co., AGIP. (allen hoger geciteerd) ; tussen Lipetco (Libië) enerzijds en Auxerap en Aquitaine-Libye (1968), (art. 43) (OPEC 1968, 197) ; tussen NIOC (Iran) en AGIP-Mineraria (1957), (OPEC IV, 67 ; geciteerd door WEIL, 128 RdC (1969, III), 162 ; MULACK, Erdölkonzessionsabkommen, 167 ; KOJANEC, YBWA 1970, 100). Zie tevens de model-overeenkomst voor olie-concessies in Libië (art. 28), (OPEC 1966, 184).
 - (4) VON HOFFMANN, Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, 116-117 ; DELAUME, B.T.I.R. 1968, 364 ; ROUSSEAU, Ch., o.c., 379. DE VISSCHER, P. (Cours général de Droit Public International, 136 RdC (1972, II), 7-210, 115-116) neemt evenwel niet aan dat de algemene rechtsbeginselen uit het volkenrecht kunnen komen.

Hier wordt nagegaan in welke mate de algemene rechtsbeginselen van het intern recht en van het internationaal recht voor de handelsarbiters relevant zijn.

217. Art. 38 van het Statuut van het Internationaal Gerechtshof spreekt van "algemeen aanvaarde beginselen, die de beschaafde volken gemeen hebben". Het is niet zo eenvoudig deze beginselen - wat het interne recht betreft - te verwoorden.

Het onderscheid tussen "beschaafde" en "niet beschaafde" volken lijkt op het eerste zicht een uitdrukking van verouderde Westerse eigenwaan. Het ontwerp van Statuut van het Permanent Hof van Internationale Justitie, waarin deze formule het eerst gebruikt werd, voorzag dat het Hof moest beslechten volgens "les principes généraux de la justice et de l'équité". Om de schijn te vermijden dat het Hof krachtens deze bepaling steeds naar billijkheid zou mogen oordelen, werd deze zinsnede vervangen door het minder gelukkig gekozen criterium "les principes généraux de droit, reconnus par les nations civilisées". Aldus wilde de ontwerpers het duidelijk maken dat niet het subjectieve billijkheidsgevoelen, maar wél reeds bestaande rechtsnormen tot algemene rechtsbeginselen kunnen leiden (1). In deze samenhang wordt de terminologie iets minder beledigend. Trouwens komen heden de rechtssystemen van alle leden der Verenigde Naties in aanmerking (2).

De bouwstenen voor deze algemene rechtsbeginselen dienen in de verscheidene rechtssystemen gevonden. Zij kunnen slechts door middel van de rechtsvergelijking tot algemene rechtsbeginselen worden (3).

-
- (1) Zie hierover VERDROSS, A., Les principes généraux de droit dans le système de sources du droit international public, in En hommage à P. Guggenheim, Genève 1968, 521-530, 523 ; DE VISSCHER, P., o.c., 113-114.
 - (2) Zie het handvest van de Verenigde Naties, art. 2 § 1. Zie evenwel meer restrictief FAURE, A., Les Principes Généraux, fonds commun du droit des gens, En hommage à P. Guggenheim, Genève 1968, 366-390, 371.
 - (3) Zie bijv. FRIEDMAN, W., The uses of "General Principles" in the Development of International Law, 57 A. J. I. L. (1963), 279-299, 290-299 ; HAZARD, J., The General Principles of Law, 52 A. J. I. L. (1958), 92-96 ; LORENZ, W., Rechtsvergleichung als Methode zur Konkretisierung der allgemeinen Grundsätze des Rechts, J.Z. 1962, 269-275 ; SCHLESINGER-GUNDISCH, 28 RabelsZ. (1964), 46 ; ZWIEGERT, 5 Ber. D. Ges. VR. (1964), 213.

Het is de vraag in welke mate rechtssystemen met elkaar vergeleken kunnen worden. Voor de Sovjet auteurs zou er bijvoorbeeld een fundamenteel onderscheid bestaan tussen de kapitalistische en de socialistische rechtswereld. Bijgevolg aanvaarden zij niet dat uit een vergelijking van beide rechtssystemen algemene rechtsbeginselen kunnen gedistilleerd worden (1). Deze opvatting lijkt mij enigszins overdreven, daar - zoals zal blijken - verschillen tussen de rechtssystemen voor de arbiter geen onoverkomelijke moeilijkheid zijn om algemene rechtsbeginselen te vinden.

Alle rechtssystemen der wereld moeten evenwel niet met elkaar vergeleken worden ; dit zou het onderzoek ondoenbaar maken. De arbiters kunnen hun onderzoek beperken tot de Europese rechtssystemen (2) of tot de wetgeving en handelsgebruiken van de landen, welke aan de wereldhandel deelnemen (3). Doch ook een dergelijk onderzoeksveld is te ruim. Voor de legitimatie van de uitspraak is het voldoende dat de partijen vertrouwd zijn met de rechtsbeginselen welke als beslechttingsnorm worden aangewend. Hiervoor is het onnodig dat alle rechtssystemen der wereld onderzocht worden : het volstaat dat enkel de rechtssystemen, waarmee de partijen vertrouwd zijn, bekeken worden.

De arbiters vinden recht door samenspraak met de partijen. Om algemene rechtsbeginselen te vinden lijkt het derhalve het minst onslachtig wanneer elk der partijen de beginselen van haar recht bewijst en dat de arbiters bovendien hun eigen recht aanwenden. Eventueel - en om de horizon te verbreden - kunnen ook normen uit andere rechtssystemen, waarmee partijen of arbiters vertrouwd zijn, ingeroepen worden.

Aldus onderzochten Engelse arbiters in een geschil tussen de Engelse onderneming Lena Goldfields en de Sovjet regering wat het recht was van Engeland, Rusland, Frankrijk, Duitsland en Schotland (4).

-
- (1) GRZYBOWSKI, K., Soviet Public Law, Leiden 1970, 30 ; TUNKIN, G., Droit International Public, Parijs 1965, 125-126.
 - (2) Zie bijv. arbitrage tussen de Société Riale en de Ethiopische regering, Recueil des Décisions Tribunaux Arbitraux Mixtes VIII, 742. Zie tevens de arbitrage-uitspraak in Lena Goldfields tegen de Sovjet Regering, 36 Corn. L. Q. (1950), 51.
 - (3) Arbitrage-uitspraak 9 februari 1966 van de Joegoslaafse Arbitragecommissie, geciteerd door VARADY, Jug. Rev. Med. Pravo 1970, 356.
 - (4) 36 Corn. L. Q. (1950), 51.

In een arbitrage tussen een Zwitserse en een Zweedse onderneming wendde de Franse arbiter Zwitsers, Zweeds en Frans recht aan. Hij besloot dat hij hieruit een "droit commun des obligations civiles" kon afleiden (1).

Soms houden de arbiters evenwel geen rekening met een hun onbekend rechtssysteem ; normen uit hun eigen rechtssysteem, waarmee zij uiteraard het best vertrouwd zijn, noemen zij dan algemene rechtsbeginselen (2). Uit een dergelijke handelwijze kan echter geen eerlijk zoeken naar algemene rechtsbeginselen volgen.

In de Abu Dhabi-uitspraak vertrok de Engelse umpire van de vaststelling dat hij zich niet op het Engelse recht, maar op de algemene rechtsbeginselen moest steunen. Doch hij vervolgde :

"But, albeit English law is not applicable as such, some of its rules are in my view so firmly grounded in reason, as to form part of this broad body of jurisprudence, this modern law of nature" (3).

Weliswaar volgde hij de strikte bewijsregels van het Engelse recht niet ; andere Engelse rechtsnormen (zoals bijv. inzake de uitlegging van overeenkomsten) paste hij daarentegen zonder meer toe.

Het is logisch dat de arbiter, die algemene rechtsbeginselen moet

(1) Uitspraak geciteerd door FOUCHARD, Arbitrage, nr. 615.

(2) LALIVE, 13 I.C.L.Q. (1964), 1010 ; Zweigert, 5 Ber. D. Ges. VR. (1964), 214. In I.K.K. nr. 2318 pasten de drie Zwitserse arbiters het Zwitsers recht toe als uitdrukking van de algemene rechtsbeginselen. Zo was trouwens in de arbitrage-overeenkomst overeengekomen door de Californische en Italiaanse partij. Merkwaardig is echter de mogelijkheid die partijen zich voorbehielden om, éénmaal de beslissing geveld, te controleren of de Zwitserse rechtsnormen wel algemene rechtsbeginselen verwoordden :

"The parties agree that the general principles of commercial law of civilized nations shall apply, it being understood that the court of arbitration will be guided in the first instance by Swiss substantive law and that the parties will be given the opportunity to submit comments on the application of these rules to the court of arbitration. It is also understood that Swiss law as such is not applicable and that the Court of arbitration will submit a draft on the final award to the parties for comment on the general principles of commercial law utilized by the court of arbitration".

(3) 1 I.C.L.Q. (1952), 251.

vinden, aanvangt met de rechtssystemen waarmee hij vertrouwd is. Zijn eigen rechtssysteem hoort hier uiteraard bij. Zijn onderzoek moet evenwel ook andere rechtssystemen omvatten, waarvan de rechtsbronnen voor hem toegankelijk zijn (1).

Door een oppervlakkige vergelijking der verscheidene rechtssystemen kunnen de verschillen uiteraard verdoezeld worden. Aldus zou de arbiter, ondanks deze verschillen, toch algemene rechtsbeginselen kunnen aanwijzen. Dit is evenwel het verkeerde spoor. De rechtsvergelijking moet diepgaand zijn. Aan vage slagzinnen hebben de arbiters weinig. Zij moeten oog hebben zowel voor de kenmerken, die een rechtsfiguur in de verscheidene rechtssystemen gemeen heeft, als voor de specifieke regeling van elk recht.

218. "Pacta sunt servanda" is een grondbeginsel van het internationaal (2) en het nationaal (3) recht. Ook bij de handelsarbitrage heeft het zijn plaats (4). Het principe, dat de overeenkomst uitgevoerd moet worden, is evenwel te vaag om als bruikbare norm te gelden. Beide partijen zijn het er meestal over eens dat overeenkomsten moeten nageleefd worden; zij twisten er evenwel over of er bij de overeenkomst, die zij afsloten, geen uitzondering op dit principe voor handen is. Wat beduidt "pacta sunt servanda" wanneer wilsgebreken, overmacht, overheidsingrijpen, enz. ingeroepen worden? Het lijdt geen twijfel dat een algemeen rechtsbeginsel bepaalt dat de overeenkomst ter goeder

-
- (1) In de Aramco-arbitrage paste de Zwitserse en Egyptische arbiters bijv. naast het Volkenrecht, Frans, Duits, Zwitsers en Engels recht toe (R.C.D.I.P. 1963, 307-318). In de Sapphire-uitspraak wendde de Zwitserse arbiter enkel het Anglo-Amerikaanse, het Franse, het Duitse en Zwitserse recht aan en veronderstelde hij dat alle rechtssystemen deze beginselen hadden overgenomen, 13 I.C.L.Q. (1964), 1011.
 - (2) Zie bijv. Ann. C.D.I. 1956, II, 110-111; CHENG, B., General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals, Londen 1953, 112-114.
 - (3) Sapphire arbitrage, 13 I.C.L.Q. (1964), 1015.
 - (4) Documents, deel II, nr. 132, 984; GOLDMAN, Le Droit applicable selon la Convention de la B.I.R.D., 150. Tevens RENGELING, Pri-vatvölkerrechtliche Verträge, 222-223; WEIL, 128 RdC (1969, III), 198-199. Voor Weil zou het beginsel "pacta sunt servanda" evenwel een andere draagwijdte hebben bij verdragen tussen staten dan bij overeenkomsten tussen een staat en een private persoon (p.191).

trouw moet uitgevoerd worden (1). Doch dit brengt de beslechting vaak niet veel verder. Kan een partij bij wanprestatie van de tegenpartij zelf de overeenkomst verbreken of is hiervoor een tussenkomst van de rechter vereist? Moet een inbreuk op dit principe door een geldsom of door een dwanguitvoering verholpen worden?

Op dergelijke vragen blijven de woorden "pacta sunt servanda" het antwoord schuldig. Het beginsel moet uitgewerkt worden om inhoud te krijgen voor de verscheidene omstandigheden waarin het ingeroepen kan worden (2). "It never will gain strenght if it is allowed to be used as a mere incantation" (3).

In de Sapphire-arbitrage werd onderzocht of het beginsel van de "exceptio non adimpleti contractus", waardoor een partij haar prestatie mag achterhouden wanneer de tegenpartij niet presteert, een algemeen rechtsbeginsel was (4). De arbiter ontdekte dat een dergelijk principe bestond in het Duitse, Franse, Engelse, Zwitserse en Amerikaans recht. De concrete uitwerking ervan verschilde evenwel van rechtssysteem tot systeem: naar Duits en Zwitsers recht kon een partij haar prestatie slechts weigeren nadat zij de andere partij een respijtermijn gegeven had welke zonder gevolg gebleven was; het Franse, Engelse en Amerikaanse recht kende een dergelijke regel niet. In casu achtte de arbiter de respijtermijn slechts een detail dat geen inbreuk deed aan de algemene regel:

"These principles are no more than an expression of a logical requirement, which explains why they are generally recognised. However different the judicial techniques employed may be, however divergent may be the theoretical explanations given by the doctrine, one point is certain: this principle is explained by the interdependence of the obligations contained in the same contract ... It is necessary therefore to regard the rules set out above as rules of positive law generally recognised by civilised nations" (5).

-
- (1) Zie Documents, deel II, nr. 132, 984; WEIL, 128 RdC (1969, III), 200.
 - (2) FAVRE, A., Les Principes Généraux de droit: fonds commun du droit des gens, in En hommage à P. Guggenheim, Genève 1968, 366-390, 378-381; JENNINGS, Brit. YB. Int. L. 1961, 175-177; JENNINGS, Rules governing contracts between states and foreign nationals, 131-132; LALIVE, Unilateral alteration by either party to a contract between a state and a foreign national, 274-279; LALIVE, 13 I.C.L.Q. (1964), 1004-1005; RIPERT, G., Les règles de droit civil applicables aux rapports internationaux, 44 RdC (1933, II), 559-664, 589-591; WEHBERG, H., Pacta sunt servanda, 53 A.J.I.L. (1959), 775-786; WEIL, 128 RdC (1969, III), 198-199.
 - (3) JENNINGS, Rules governing contracts between states and foreign nationals, 132.
 - (4) In deze zin RIPERT, G., o.c., 605-606.
 - (5) 13 I.C.L.Q. (1964), 1016.

Hiermede bleef de vraag open of de arbiters moesten eisen of de ene partij eerst een respijttermijn aan de andere toekeende alvorens de exceptio in te roepen (zoals het Duits en Zwitsers recht gebod) ofwel of dit niet diende te geschieden (zoals het Frans, Engels en Amerikaans recht veronderstelde). De arbiter wist dit probleem te omzeilen door te stellen dat de tegenpartij, die herhaaldelijk geweigerd had haar prestatie uit te voeren, ter kwader trouw was door een respijttermijn te eisen. Alhoewel Lalive van oordeel is dat de "exceptio non adimpleti contractus" als algemeen rechtsbeginsel een geschikte beslechtingsnorm voor de arbitrage is (1), blijkt het soms te vaag om tot een uitspraak te leiden.

Elk verbintenissenrecht eist dat de partijen tot de overeenkomst toestemden. Dit lijkt een algemeen rechtsbeginsel (2). Niet alle rechtssystemen zijn het er evenwel over eens wanneer de toestemming gebreken vertoont en wat de gevolgen hiervan zijn (3). Tekortkomingen in de toestemming, zoals bedrog, eenzijdige dwaling, enz. krijgen geen eenvormige oplossing in de verscheidene rechtssystemen.

Interpretatie-regelen lijken algemeen geldende rechtsbeginselen (4). Menige arbiter verklaarde dat hij de algemene interpretatie-regelen toepast, welke in de verscheidene rechtssystemen aangekleefd worden (5). Het is evenwel onduidelijk hoever de interpretatie-mogelijkheid reikt. In Aramco werd de meeste ruimte gelaten aan de subjectieve bedoelingen der partijen :

"L'interprétation des actes juridiques ... consiste ... à découvrir qu'elle fut la commune volonté des parties au jour de la conclusion de leurs accords, en considérant non seulement les termes qu'elles ont employés, mais aussi leur silence" (6).

-
- (1) LALIVE, 13 I.C.L.Q. (1964), 1006 ; LALIVE, Ann. S. Dr. Intern. 1962, 288.
 - (2) In deze zin RIPERT, G., o.c., 596-598 ; FOUCHARD, Arbitrage, 432 en de aldaar geciteerde uitspraak nr. 543 van de I.K.K.
 - (3) Cfr. SCHLESINGER, R., Formation of Contracts, New York 1968, 2 delen. Studie van het Max Planck Instituut inzake de materiële geldigheid van koop-overeenkomsten, verricht voor het "Institut international pour l'unification du Droit" (1963), besproken door REIMANN, Zur Lehre vom "rechtsordnungslosen" Vertrag, 84-87.
 - (4) In deze zin RIPERT, G., o.c., 649-656 ; meer genuanceerd, LANGEN, Transnational Commercial Law, 207-211.
 - (5) Bijv. Aramco-arbitrage, R.C.D.I.P. 1963, 318-319 ; arbitrage van de afgeleide vrachten, R.C.D.I.P. 1956, 278 met noot BATIFFOL ; 22 I.L.R., 820 ; Abu Dhabi-arbitrage, 1 I.C.L.Q. (1952), 251 ; arbitrage geciteerd door GOLDMAN, 109 RdC (1963, II), 408 ; I.K.K. nr. 1512, geciteerd door DERAINS, Clunet 1974, 906.
 - (6) R.C.D.I.P. 1963, 318.

De uitspraak der "afgeleide vrachten" stelt een beperktere interpretatiemogelijkheid voorop : slechts wanneer onduidelijke of dubbelzinnige bedingen in de overeenkomst gebruikt werden, zou men de gemeenschappelijke bedoeling van de partijen mogen nagaan (1). Ook de Abu Dhabi-arbiter was deze mening toegedaan :

"Chaos may obviously result if that rule is widely departed from ; and if, instead of asking what the words used mean, the inquiry extends at large to what each of the parties meant them to mean, and how and why each phrase came to be inserted. The same considerations seem to me to apply to the principle "expressio unius est exclusio alterius" (2).

Deze tweespalt bestaat eveneens in de nationale rechtssystemen? In het Duitse en Franse recht geeft men bijv. eerder voorrang aan de subjectieve bedoeling der partijen ; in de Engelse en Amerikaanse common law hecht men meer belang aan de objectieve betekenis der woorden (3). Aldus is het eerder moeilijk om algemeen geldende interpretatieregelen te ontdekken.

Het beginsel "rebus sic stantibus", dat stelt dat de overeenkomst geldt voor zover de omstandigheden tussen het sluiten en het uitvoeren niet grondig gewijzigd werden, lijkt algemeen (4). In de Alsing-arbitrage ontdekte de arbiter bijv. dat het Griekse, Duitse, Franse en Zwitserse recht bepalen dat wijziging in de omstandigheden in bepaalde gevallen tot wijziging van de overeenkomst kon leiden. In casu besloot hij evenwel dat geen fundamentele wijziging voorhanden was (5). Arbiters van de I.K.K. stelden terecht dat men behoedzaam met het beginsel "rebus sic stantibus" moet omspringen :

"Il convient en effet de ne retenir (rebus sic stantibus) qu'avec réserve et prudence, surtout lorsque l'intention des parties a été clairement exprimée dans un contrat. La précaution s'impose d'autant plus lorsqu'il s'agit de transactions internationales où en général les parties ont conscience des risques qui peuvent survenir et sont ainsi à même de les formuler de manière précise" (6).

(1) Rev. Arb. 1956, 20 ; R.C.D.I.P. 1956, 286.

(2) 1 I.C.L.Q. (1952), 251.

(3) Zie REIMANN, Zur Lehre vom "rechtsordnungslosen" Vertrag, 88-91.

(4) KOJANEK, YBWA 1970, 208-209 ; WEIL, 128 RdC (1969, III), 200-201.

(5) Alsing Trading Co Ltd. en Svenska Tandsticks A/B t. Griekenland, 23 I.L.R. 633-658, 652-658.

(6) I.K.K. nr. 2404.

Ook wanneer een algemeen beginsel van "rebus sic stantibus" zou gelden, is het uitgesloten dat de rechtssystemen hieraan eenzelfde gevolg vastknopen. Bijgevolg is "rebus sic stantibus" weinig hanteerbaar als algemeen beginsel.

In de Aramco-arbitrage trachtten de arbiters volgens de algemene rechtsbeginselen te achterhalen wat een overheidsconcessie was : was het een eenzijdige publiekrechtelijke handeling, was het een privaatrechtelijke of administratieve overeenkomst, een huur, een overeenkomst sui generis ? (1) Geen duidelijk antwoord kwam naar voren. Ook talrijke auteurs hebben de overheidsconcessie - veelal het voorwerp van een transnationale handelsarbitrage - geanalyseerd (2). Alhoewel zij gelijke krachtlijnen in de verscheidene rechtssystemen konden onderscheiden, kwamen zij niet tot het besluit dat de overheidsconcessie in de verscheidene rechtssystemen een identieke rechtsfiguur was. Algemene rechtsbeginselen inzake de overheidsconcessie waren beperkt tot de hoofdlijnen ; elk recht heeft eigen regels voor de details.

In de uitspraak tussen Lena Goldfields en de U.S.S.R. besloten de arbiters dat het principe van de verrijking zonder oorzaak, waardoor de onrechtmatig verrijkte de verarmde moet vergoeden, een algemeen rechtsbeginsel was van het continentale recht (het Sovjet recht inbegrepen) (3). Dit beginsel bleek vooral in het Franse en Duitse recht uitgewerkt. De arbiters gaven echter toe dat het Engelse recht geen principe van verrijking zonder oorzaak kende, maar dat een analoog principe er vaak tot zelfde resultaten leidde. Auteurs hebben gepoogd de inhoud van een algemeen rechtsbeginsel inzake verrijking zonder oorzaak weer te geven (4). De universele regels, die zij vooropstelden, zijn evenwel niet gedetailleerd genoeg om deze figuur in de praktijk te kunnen aanwenden.

Arbiters oordeelden dat een overeenkomst inzake steekpenningen niet kon afgedwongen worden omdat dit verboden is door een algemeen rechtsbeginsel, dat een overeenkomst, die de goede zeden of de internationale

(1) Zie R.C.D.I.P. 1963, 306-318.

(2) Zie bijv. FATOUROS, A., The administrative contract in transnational transactions : reflections on the uses of comparison, in Ius Privatum Gentium, Tübingen 1969, deel I, 259-274 ; FISCHER, Konzession, 9-95 ; FRIEDMANN, W., The uses of "General Principles" in the Development of International Law, 57 A.J.I.L. (1963), 279-299, 290-295, MULACK, Erdölkonzessionsabkommen, 191-213 ; VAN HECKE, G., Les enseignements du droit interne, in Agreements between states and foreigners private persons, Leuven 1974, te publiceren in B.T.I.R.

(3) 36 Corn. L. Q. (1950), 51. Zie in deze zin tevens FAVRE, A., art. cit., 382-383 ; KIPP, 5 Ber. D. Ges. VR. (1964), 186.

(4) FRIEDMAN, W., art. cit., 295-299 ; NWOGUGU, Foreign investment in developing countries, 179-181.

openbare orde ernstig schendt, ongeldig of onafdwingbaar is (1).

De eerbiediging van verworven rechten werd door de Aramco- en Sapphire-uitspraken als algemeen rechtsbeginsel erkend (2). Dit begrip beduidt enkel dat een rechtstoestand niet zonder meer gewijzigd kan worden. Het is eerder een besluit dan een leidraad voor de beslechting.

Ook het verbod van rechtsmisbruik werd door de arbiters als een algemeen rechtsbeginsel aanzien (3). Dit principe, nog een uitzondering in het interne recht, lijkt evenwel moeilijk als algemeen rechtsbeginsel hanteerbaar.

Inzake de schadevergoeding zijn er beginselen die in de ogen van arbiters universeel gelden (4). Zo zou een algemeen beginsel moratoire intresten opleggen vanaf de ingebrekestelling (5). Het bedrag van deze intresten verschilt evenwel van rechtssysteem tot rechtssysteem (6).

219. De arbiter moet zelf de algemene rechtsbeginselen vinden. Een gedetailleerde rechtsvergelijkende studie kan hem hierbij weliswaar helpen (7). In de resultaten van zijn onderzoek moeten de algemene

- (1) Uitspraak geciteerd door LEW, Loi applicable dans la jurisprudence des tribunaux arbitraux, 166. Zie tevens FAVRE, A., art. cit., 384-388, RIPERT, G., o.c., 598-600 ; JENNINGS, Rules governing contracts between states and foreign nationals, 133 noot 18 ; LANGEN, Transnational Commercial Law, 226-228 ; WEIL, 128 RdC (1969, III), 199.
- (2) Aramco : R.C.D.I.P. 1963, 344. Sapphire : Ann. S. Dr. Intern. 1962, 290.
- (3) Zie uitspraak geciteerd door FOUCHARD, Arbitrage, 613. Zie tevens KIPP, 5 Ber. D. Ges. VR. (1964), 184-185 ; NWOGUGU, Foreign investment in developing countries, 179-181.
- (4) Bijv. Exportkhele t. Golodetz, C.A.C. nr. 3 : "It is a generally recognised principle that if the contrat is violated by one of the parties, the violating party is liable to the other party for all losses suffered in fact by the latter, irrespective of whether such liability is stipulated for in the contract or not. Such liability is provided for by the laws of all countries." FAVRE, A., art. cit., 381-382 ; KIPP, 5 Ber. D. Ges. VR. (1964), 186.
- (5) Zie uitspraak geciteerd door FOUCHARD, Arbitrage, nr. 620.
- (6) Zie uitspraak van de Joegoslaafse Arbitrage-commissie, geciteerd door VARADY, Jug. Rev. Med. Pravo 1970, 356.
- (7) LALIVE, (Ann. S. Dr. Intern. 1962, 287) stelt dat de arbiter het algemeen rechtsbeginsel door een rechtsvergelijkend onderzoek moet "losweken" ("dégager"). Zie tevens VERDROSS, A., Les principes généraux de droit dans le système des sources du droit public, En hommage à P. Guggenheim, Genève 1968, 521-530, 525.

rechtsbeginselen evenwel onderscheiden worden van de technische, vaak willekeurige of historisch gegroeide regels, welke in elk rechtssysteem bestaan (1). Slechts de eersten, uiteraard beperkter in aantal, komen als algemene rechtsbeginselen in aanmerking. De arbiter mag bovendien niet menen dat zijn algemene rechtsbeginselen samenvallen met de grootste gemene deler van zijn rechtsvergelijkend onderzoek. Hij moet vrij staan tegenover de resultaten van dit onderzoek. Het feit, dat een norm in één der onderzochte rechtssystemen niet aanwezig is, belet hem bijgevolg niet om deze norm als algemeen rechtsbeginsel te erkennen. Een norm, die in grote lijnen in verscheidene rechtssystemen bestaat en die niet indruist tegen de fundamentele rechtsprincipen van één der onderzochte rechtssystemen, mag hij eveneens als algemeen rechtsbeginsel erkennen (2). Indien het rechtsvergelijkende onderzoek geen duidelijk principe op de voorgrond stelt, maar aantoont dat eenzelfde geval in de verscheidene rechtssystemen op verschillende manieren opgelost wordt, mag de arbiter tussen deze oplossingen, diegene die hem persoonlijk het rechtvaardigste lijkt, tot algemeen rechtsbeginsel uitroepen (3). Kortom, de arbiter is niet aan de resultaten van het rechtsvergelijkend onderzoek gebonden, maar wordt er enkel door geleid bij zijn zelfstandig zoeken naar de algemene rechtsbeginselen.

220. Naast de algemene rechtsbeginselen van het interne recht, bestaan ook specifieke volkenrechtelijke algemene rechtsbeginselen (bijv. het principe der onafhankelijkheid en soevereiniteit der staten). Deze rechtsbeginselen, eigen aan de internationale rechtsorde, zijn veelal irrelevant als arbitrale beslechttingsnorm (4). Soms kunnen deze volken-

(1) Zie DELAUME, B.T.I.R. 1968, 355 ; LALIVE, 13 I.C.L.Q. (1964), 1010 ; LANGEN, Transnational Commercial Law, 20 ; RIPERT, G., o.c., 575.

(2) GUTTERIDGE, H., Comparative Law, Cambridge 1949, 65 ; GENTINETTA, Lex Fori, 147.

(3) ZWEIFERT, 5 Ber. D. Ges. VR. (1964), 213 ; LANGEN, Transnational Commercial Law, 216, 218-219, die deze werkwijze vergelijkt met de Amerikaanse rechter, die bij een geschil, waarvoor het recht van meerdere staten in aanmerking komt, de "better rule" moet kiezen.

(4) Cfr. RIENGELING, Privatvölkerrechtliche Verträge, 146-147.

rechtelijke algemene rechtsbeginselen evenwel ook voor de handelsarbitrage nuttig zijn.

Resoluties van de Verenigde Naties, die door een meerderheid van staten aanvaard werden, kunnen door één der partijen als algemeen rechtsbeginsel ingeroepen worden. Zo kan Resolutie 1803-XVII inzake de permanente soevereiniteit over de natuurlijke rijkdommen belangrijk zijn ter beoordeling van de rechten van de staat in een handelsarbitrage tussen een olie-staat en een buitenlandse maatschappij (1). Anderzijds kan een handelaar met Rhodesië zich voor de niet-uitvoering van zijn overeenkomst beroepen op de boycott-resolutie 253 (1968) tegen Rhodesië, unaniem door de Veiligheidsraad getroffen (2). Het is evenwel de vraag in welke mate deze resoluties, die geen traditionele bron van het volkenrecht zijn, als algemene rechtsbeginselen kunnen gelden indien zij niet unaniem door alle staten aanvaard werden of indien zij niet slechts beginselen verwoorden, die reeds universeel erkend waren (3).

Ook de OPEC-landen stemmen resoluties. Resolutie XVI-90 bepaalt bijvoorbeeld dat voortaan alle olie-overeenkomsten gewijzigd kunnen worden indien de omstandigheden dit vergen (4). Dergelijke resolutie kan evenwel in zichzelf niet als algemeen rechtsbeginsel erkend worden. Zij werd immers getroffen door een orgaan dat niet de gemeenschap van staten, maar enkel een beperkt belang, vertegenwoordigt.

Dat volkenrechtelijke argumenten bij de arbitrage kunnen opduiken blijkt bijvoorbeeld uit de arbitrage tussen Turriff en Soedan, waar Soedan aanvoerde dat Turriff in strijd handelde met de politiek van boycott t.o.v. Zuid-Afrika, waardoor Soedan niet wenste te contracteren met ondernemingen, die in Zuid-Afrika gevestigd waren of die Zuid-Afrikaanse aandeelhouders bezaten. De arbiters gingen evenwel op dit argument niet in omdat zij het bestaan van dergelijk politiek beleid voor onbewezen hielden (5).

(1) Resolutie 14 december 1962 ; 57 A.J.I.L. (1963), 710-712.

(2) Resolutie 29 mei 1968, 62 A.J.I.L. (1968), 965-969.

(3) Zie DI QUAL, L., Les effets des résolutions des Nations Unies, Parijs 1967, 107-147 ; VERDROSS, A., art. cit. 525 ; VERDROSS, A., Kann die General-Versammlung der Vereinten Nationen das Völkerrecht weiterbilden ?, 26 ZaöRV (1966), 690-697 ; ROUSSEAU, Ch., o.c., 440-441 ; TUNKIN, o.c., 102-105 ; FAWCETT, J., Trade and Finance in International Law, 123 RdC (1968, I), 215-310, 305.

(4) KOJANEC, YBWA 1970, 208.

(5) ERADES, N.T.I.R. 1970, 220.

§ 3. De algemene rechtsbeginselen als beslechtingsnorm

221. Wanneer de arbiter een algemeen rechtsbeginsel gevonden heeft, wordt dit beginsel nog geen beslechtingsnorm. Hoe kan een algemeen rechtsbeginsel als juridische norm voor een geschil gelden ?

Een algemeen rechtsbeginsel kan een nationaal recht aanvullen, dat geen relevante normen bevat. Het wordt dan een norm van nationaal recht. Een algemeen rechtsbeginsel kan ook als deel van het internationaal recht aangewend worden. Het geldt dan omdat het internationaal recht geldt. Het vorige en het volgende hoofdstuk, dat vermeldt hoe respectievelijk het nationaal en het volkenrecht als beslechtingsnormen kunnen gelden, zijn bijgevolg eveneens relevant voor de algemene rechtsbeginselen, die als deel van één dezer systemen aangewend worden. Moeilijker is de vraag of algemene rechtsbeginselen, die niet een norm van nationaal recht werden, noch deel van het internationaal recht zijn, niettemin als beslechtingsnorm kunnen gelden.

222. Voor auteurs zoals Gentinetta en Fouchard zouden de algemene rechtsbeginselen de beslechtingsnormen bij uitstek van de transnationale handelsarbitrage zijn. Deze beginselen zouden deel uitmaken van de arbitrale "lex fori" (1).

In het internationaal privaatrecht is de "lex fori" het recht van de rechter, dat zich aan hem opdringt en waardoor hij zich bij elke beslechting kan laten leiden. Algemene rechtsbeginselen kunnen moeilijk een dergelijke "lex fori" van de transnationale handelsarbitrage uitmaken omdat zij de arbiter niet leiden en zich niet aan hem opdringen. De enkele algemene rechtsbeginselen, die reeds in een andere uitspraak erkend werden, volstaan immers meestal niet om de arbiter te leiden. Vaak worden de algemene rechtsbeginselen trouwens gevonden in de loop van de beslechting. Desnoods mag de arbiter zelfs een nuttig rechtsbeginsel, dat niet algemeen verspreid is, "algemeen" noemen. Het is de arbiter die veelal de algemene rechtsbeginselen vindt ; deze dringen zich bijgevolg niet aan hem op. Om deze redenen is de arbiter m.i. door dergelijke algemene rechtsbeginselen niet gebonden zoals door een "lex fori". Slechts wanneer men de "lex fori" der transnationale

(1) GENTINETTA, Lex Fori, 192 ; tevens 129. FOUCHARD, Arbitrage, nr. 533.

handelsarbitrage ruimer opvat, nl. als de verzameling van alle rechtsnormen welke de arbiters aanwenden, kunnen ook de algemene rechtsbeginselen hiervan deel uitmaken. "Lex fori" in deze ruime betekenis beduidt dan enkel dat een rechtsbeginsel arbitrale beslechtingsnorm is ; het verklaart niet waarom, of op welke grond.

223. Sommige auteurs menen dat de overeenkomsten tussen private personen en staten of andere volkenrechtelijke rechtspersonen, omwille van hun aard, door de algemene rechtsbeginselen beheerst worden (1). Dergelijke overeenkomsten zouden zich op een niveau bevinden dat hoger is dan het nationaal recht. Inderdaad, deze overeenkomsten zijn doorgaans belangrijk voor de economie van de staat ; bij het afsluiten van de overeenkomst handelt de staat veelal als soeverein ; uit het compromissoir beding en uit de andere clausules der overeenkomst blijkt dat de partijen zich niet aan een nationaal recht wilden onderwerpen. Anderzijds is één der partijen tot de overeenkomst geen volkenrechtelijke rechtspersoon zodat de overeenkomst niet door het volkenrecht beheerst zou kunnen worden (2). Voor dergelijke overeenkomsten zouden de algemene rechtsbeginselen een uitweg bieden. Hoger werd evenwel reeds aangetoond dat algemene rechtsbeginselen vaak ontoereikende beslechtingsnormen zijn. Verder zal tevens blijken dat zij de onderlinge hiërarchie missen om als beslechtingsnorm te functioneren. Bijgevolg lijkt het onwaarschijnlijk dat zij als normen zouden volstaan.

224. Ook door de wil der partijen kunnen algemene rechtsbeginselen beslechtingsnormen worden. Soms bedingen de partijen uitdrukkelijk dat de algemene rechtsbeginselen als "lex contractus" zullen gelden (3). In enkele gevallen menen de arbiters dat dit de impliciete bedoeling van de partijen is, zoals deze uit de omstandigheden van het geschil afgeleid kon worden (4).

(1) Zie nr. 165.

(2) 5 Ber. D. Ges. VR. (1964) : ZWIGERT (205-208), FUSS (225) en MAKAROV (277).

(3) Cfr. nr. 212.

(4) Zie nr. 213. O'CONNELL, D.P., International Law, Londen 1965, 1061-1062. ZWIGERT, 5 Ber. D. Ges. VR. (1964), 210.

De overeenkomst tussen Petroleum Development (Trucial Coast) Ltd. en de Sjeik van Abu Dhabi voorzag dat de overeenkomst "in a reasonable manner" geïnterpreteerd en in een geest van "good intentions and integrity" diende uitgevoerd te worden. Dit, aldus de arbiters,

"repels the notion that the municipal law of any country, as such, could be appropriate. The terms of the clause invite, indeed prescribe, the application of principles rooted in the good sense and common practice of the generality of civilized nations - a sort of "modern law of nature" (1).

Waarom arbiters een impliciete rechtsaanduiding ten gunste van algemene rechtsbeginselen aanvaardden, werden toegelicht door de Sapphire-uitspraak. De arbiter steunde zich hiervoor op drie hoofdredenen : de identiteit der partijen ; het voorwerp der overeenkomst en het compromisbeding. De partijen tot de overeenkomst waren geen gewone handelsslui maar enerzijds een staatsonderneming (NIOC), die in hoofdzaak een publiekrechtelijk statuut bezat, en anderzijds een buitenlandse privaatspersoon. Het voorwerp van de overeenkomst was geen gewone handelsoperatie, maar betrof het toekennen van een publiek recht, nl. een langdurig ontginningsrecht van Iraans territorium waardoor Sapphire tijdelijk het controlerecht over dit territorium mocht uitoefenen. Tenslotte was de overeenkomst door Iran geratificeerd en verleende Iran uitgebreide fiscale voordelen aan Sapphire : de partijen vaarden beslist een publiekrechtelijk koers (2). Bovendien zou de aanwezigheid van een compromisbeding in afwezigheid van een uitdrukkelijke rechtsoptie, naar de algemene rechtsbeginselen wijzen :

"...if no positive implication can be made from the arbitral clause, it is possible to find there a negative intention, namely to reject the exclusive application of Iranian Law. If in fact the parties had intended to submit their agreement to Iranian Law and if the only significance of the arbitral clause was to deprive the Iranian authorities of jurisdiction in case of any dispute, the authors of the agreement, whom one must suppose were competent lawyers, would almost certainly not have failed to negative, by an express clause, any significance which such an arbitral clause normally carries as a connecting factor according to general doctrine" (3).

De stilzwijgende aanduiding der algemene rechtsbeginselen steunde nog op bijkomende criteria. Een beding, dat de term "overmacht" volgens de algemene rechtsbeginselen diende geïnterpreteerd, werd tot een algemene stilzwijgende rechtsoptie uitgebreid (4). Ook de aanduiding

(1) 1 I.C.L.Q. (1952), 251.

(2) 13 I.C.L.Q. (1964), 1012.

(3) 13 I.C.L.Q. (1964), 1012.

(4) 13 I.C.L.Q. (1964), 1013.

van de algemene rechtsbeginselen in vroegere analoge overeenkomsten van NIOC werden stilzwijgend geabsorbeerd in de overeenkomst :

"By virtue of the principle of good faith, NIOC cannot claim that the absence of an express provision regarding the law applicable should be interpreted as a denial of a principle contained in previous agreements with the same objects" (1).

Een aanduiding van algemene rechtsbeginselen als "lex contractus" maakt deze slechts tot beslechttingsnorm indien deze aanduiding erkend is door de verwijzingsregels, welke de arbiter moet toepassen (2). Dit veronderstelt een aantal presumpties en beperkingen. Het hoofdprincipe is dat verwijzingsregels naar rechtssystemen verwijzen. Slechts wanneer de algemene rechtsbeginselen een rechtssysteem uitmaken, kunnen partijen bedingen dat deze beginselen de "lex contractus" van hun overeenkomst zijn.

Voor talrijke auteurs vormen de algemene rechtsbeginselen een apart rechtssysteem, dat volgens de enen tussen de nationale rechten en het internationaal recht zweeft (3) en volgens de anderen als een systeem van natuurrecht de inhoud der nationale rechten en van het internationaal recht bepaalt (4). Voor de voorstanders van deze opvattingen stoort

(1) 13 I.C.L.Q. (1964), 1014.

(2) Welke verwijzingsregels de arbiter moet aanwenden komt aan bod in deel III. Hier wordt de algemene vraag besproken of deze kunnen verwijzen naar de algemene rechtsbeginselen. SCHLESINGER-GUNDISCH, (28 RabelsZ. (1964), 39, 44) beweert bijv. dat het i.p.r. van verscheidene rechtstelsels een verwijzing naar de algemene rechtsbeginselen erkent.

(3) LALIVE, Ann. S. Dr. Intern. 1962, 297 ; LALIVE, 13 I.C.L.Q. (1964), 1006 ; 13 I.C.L.Q. (1964), 1006 ; Unilateral Alteration by either Party to a contract between a State and a Foreign National, 274-275 ; MULACK, Erdölkonzessionsabkommen, 151, 183 ; NEUHAUS, P.H., Die Grundbegriffe des Internationales Privatrechts, Berlijn 1962, 175 ; LORENZ, W., Rechtsvergleichung als Methode zur Konkretisierung der allgemeinen Grundsätze des Rechts, J.Z. 1962, 269 e.v. ; MCNAIR, Brit. YB. Int. L. (1957), 6-10, 19 ; PEYREFITTE, L., Le problème du contrat dit "sans loi", Dall. 1965, Chr. XVIII, 119 ; SCHLESINGER-GUNDISCH, 28 RabelsZ. (1964), 31 ; ZWEIGERT, 5 Ber. D. Ges. VR. (1960), 211.

(4) KIPP, 5 Ber. D. Ges. VR. (1964), 165-167 ; GENTINETTA, Lex Fori, 145-146, VERDROSS, A., Völkerrecht, Wenen 1964, 19-25.

het niet dat het systeem van algemene rechtsbeginselen geen sluitend normengeheel uitmaakt ; ook het nationaal recht en het internationaal recht, die als rechtssysteem erkend zijn, groeien en ontwikkelen voortdurend.

Men kan zich evenwel afvragen of de algemene rechtsbeginselen wel een rechtssysteem kunnen uitmaken. Van een rechtssysteem is slechts sprake indien tussen de normen een hiërarchie bestaat en indien een instantie de eenvormigheid binnen het rechtssysteem verzekert (1). Zonder hiërarchie zijn meerdere normen op een geval van toepassing en leiden zij tot tegengestelde resultaten ; zonder wetgever of hoogste rechtbank verschilt eenzelfde norm spoedig van inhoud. Zoals de normen in het interne recht niet zonder omkaderend systeem kunnen functioneren, is het ondenkbaar dat de algemene rechtsbeginselen, die uit deze nationale rechtsbeginselen gedistilleerd worden, zonder een overkoepelend systeem kunnen gelden (2). Deze hiërarchie tussen de normen kan niet uit een vergelijkend onderzoek geput worden. Elk rechtssysteem heeft immers een eigen rangorde. De hiërarchie tussen de algemene rechtsbeginselen wordt voor elke beslechting door de arbiter bepaald ; de algemene rechtsbeginselen, die deze arbiter formuleert, worden bovendien niet door een hoogste instantie getoetst. Bijgevolg lijkt het onmogelijk dat de algemene rechtsbeginselen, zoals door arbiters aangewend, een rechtssysteem kunnen uitmaken.

Volgens Langen zou er toch een hiërarchie tussen de algemene rechtsbeginselen bestaan (3). Op de eerste plaats zou het beginsel staan dat billijke oordelen geveld moeten worden ; vervolgens zou het principe van de goede trouw gelden ; hierna slechts zou "pacta sunt servanda" aan de beurt kunnen komen. Dergelijke vage hiërarchie van vage principen kan evenwel niet het hoofd bieden aan de eisen die de be-

-
- (1) CANARIS, C., Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, Berlijn 1969, 46-52 ; ESSER, J., Grundsatz und Norm in der richterliche Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1964, 6.
 - (2) VON HOFFMANN, Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, 116-117. Tevens MANN, Brit. YB. Int. L. 1959, 44-45.
 - (3) LANGEN, Transnational Commercial Law, 228. De draagwijdte van deze principen wordt vaag in p. 225-237 geschetst.

slechting stelt. Bovendien formuleren Langens' principen eerder besluiten dan dat zij een werkelijke, concrete leidraad voor de beslechting bieden.

Volgens het traditionele internationaal privaatrecht kan een aanduiding van de algemene rechtsbeginselen als "lex contractus" slechts ingevolg worden indien er een zinvolle band bestaat tussen de beginselen en de overeenkomst, die hierdoor moet beheerst worden. Voor deze band is meer vereist dan dat de overeenkomst een persoonlijke of geografische band heeft met één der vele rechtsorden, die dienden als onderzoeksveld voor het vinden der algemene rechtsbeginselen. De overeenkomst moet in de "internationale" of "anationale" sfeer der algemene rechtsbeginselen thuis horen. Voor de meeste auteurs kan dit enkel bij overeenkomsten met een staat, met een onderneming, nauw met de staat verbonden, of met een internationale organisatie (1). Anderen menen dat ook een overeenkomst tussen privaatrechtelijke personen genoegzaam "anationaal" of "internationaal" kan zijn zodat ook hiervoor een optie ten gunste van de algemene rechtsbeginselen mogelijk wordt (2).

Opportunitéitsoverwegingen beletten soms de aanwending van algemene rechtsbeginselen. De arbiter moet er immers vaak rekening mee houden dat een rechter de arbitrale uitspraak naar foute rechtsaanwending kan toetsen. Wanneer, zoals bij de Engelse "special case" of de Franse procedure in beroep, de rechter de arbitrale rechtsvinding kan herdoen, doet de arbiter er niet wijs aan algemene rechtsbeginselen toe te passen, welke niet overeenstemmen met de normen, die de toetsende rechter zou aanwenden (3). Dit is misschien de verklaring waarom de Engelse

-
- (1) BOCKSTIEGEL, Der Staat, 114-115 ; KIPP, 5 Ber. D. Ges. VR. (1964), 155 ; MCNAIR, Brit. YB. Int. L. 1957, 4 ; NWOGUGU, Foreign investment in developing countries, 167-172, 250-251 ; VERDROSS, 6 Z. f. Rvgl. (1965), 130 ; VERDROSS, 18 ZaöRV (1957), 638 ; ZWEIGERT, 5 Ber. D. Ges. VR. (1964), 208.
 - (2) VON HOFFMANN, Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, 116 ; SCHLESINGER-GUNDISCH, 28 RabelsZ. (1964), 21, 29.
 - (3) Zie SCHLESINGER-GUNDISCH, 28 RabelsZ. (1964), 39. De arbiters zouden de algemene rechtsbeginselen evenwel aan de toetsingsmogelijkheid van de Engelse rechter kunnen onttrekken door hen als vreemd recht te bestempelen.

arbiter in de Abu Dhabi-uitspraak de algemene rechtsbeginselen met het Engelse recht gelijkstelde (1). De arbiter moet bovendien rekening houden met de rechterlijke toetsing naar de openbare orde. Derhalve lijkt het onverstandig voor een arbiter om nodeloos algemene rechtsbeginselen aan te wenden die tot gevolgen leiden welke onverenigbaar zijn met de openbare orde van de staat, waarin de uitspraak geveld werd of waarin zij tenuitvoer gelegd moet worden. Enkel in bepaalde omstandigheden, zoals bijv. bij een geschil nopens een overeenkomst tussen een investeerder en een staat, kan de billijkheid de aanwending vergen van algemene rechtsbeginselen welke indruisen tegen het recht van de staat-partij, op wiens grondgebied ook de uitspraak waarschijnlijk zal moeten worden uitgevoerd. In deze gevallen zal de handelsarbitrage trouwens meestal volkenrechtelijk zijn, zodat geen nationale rechter de beslechting kan bevoogden.

225. Algemene rechtsbeginselen kunnen bovendien beslechttingsnormen zijn zonder dat zij als "lex contractus" de overeenkomst beheersen. Immers, in het raam van hun contractuele vrijheid kunnen de partijen bepalingen van aanvullend recht door contractuele bedingen vervangen. Zij kunnen bepalen dat in plaats van dit aanvullend recht algemene rechtsbeginselen de overeenkomst aanvullen. De algemene rechtsbeginselen, die dan later eventueel verwoord worden door een arbiter, zijn als bepaalbare, maar nog onbepaalde normen in de overeenkomst geïncorporeerd (2). De contractuele vrijheid van de partijen is evenwel beperkt. Enkel in de mate dat de "lex contractus" dit toelaat kunnen algemene rechtsbeginselen als aanvullend recht in de overeenkomst geïncorporeerd worden.

§ 4. De algemene rechtsbeginselen en de arbitrage naar billijkheid

226. Voor de arbiter naar billijkheid bezitten de algemene rechtsbe-

(1) Zie nr. 217.

(2) Zie hierover KOJANEC, G., Problèmes de l'arbitrage entre Etats et compagnies privées étrangères, 37/38 Ann. A.A.A. (1967), 102 ; MANN, Jus et Lex, 465.

ginselen een speciale aantrekkingskracht. Soms bepalen de partijen dat de arbiters naar billijkheid en volgens de algemene rechtsbeginselen moeten beslissen (1). Tussen arbitrage naar billijkheid en arbitrage volgens de algemene rechtsbeginselen zou zelfs, volgens enkelen, geen verschil bestaan (2). Beiden zijn evenwel niet identiek. In de Sapphire-uitspraak besloot de arbiter dat hij wel volgens de algemene rechtsbeginselen mocht oordelen, maar ontkende hij nadrukkelijk dat hij bevoegd was om naar billijkheid te oordelen (3). Uit artikel 38 van het Statuut van het Internationaal Gerechtshof blijkt trouwens het verschil tussen een oordeel volgens de algemene rechtsbeginselen en één naar billijkheid : de algemene rechtsbeginselen zijn de gewone beslechting norms voor het Hof (lid 1) ; slechts indien de partijen toestemming verlenen, mogen de rechters naar billijkheid oordelen (lid 2) (4).

Er bestaat een nauwe band tussen billijkheid en algemene rechtsbeginselen. Deze laatsten steunen op de rede. Zij stemmen dan ook meestal overeen met het billijkheids- en rechtvaardigheidsgevoelen van talrijke, zo niet alle volkeren.

De arbiter in de Sapphire-uitspraak beslechtte volgens de "general principles of law based upon reason and upon common practice of civilized countries" (5). Deze in de Abu Dhabi-zaak beschouwde de algemene rechtsbeginselen als een "modern law of nature ... firmly grounded in reason" (6). In de Qatar-uitspraak werden de algemene rechtsbeginse-

-
- (1) Overeenkomst tussen NIOC enerzijds en ERAP en SOFIRAN anderzijds (1966), art. 41, (OPEC 1966, 132) ; tussen Iraq National Oil Company en ERAP 1968, art. 35, (OPEC 1968, 107) ; tussen de Société nationale de recherche et d'exploitation des pétroles en Algérie (REPAL) en de Raffineries du Rhône (1963), art. 10.3 (R.C.D.I.P. 1969, 107).
 - (2) FOUCHARD, Arbitrage, nr. 582 ; KOPELMANAS, L., Essai d'une théorie des sources formelles du droit international, I Revue de Droit International (1938), 121-123.
 - (3) 13 I.C.L.Q. (1964), 1015.
 - (4) Zie tevens ROUSSEAU, Ch., Droit public international, Parijs 1970, deel I, 375.
 - (5) 13 I.C.L.Q. (1964), 1013.
 - (6) 1 I.C.L.Q. (1952), 251.

len aangewend omdat deze waren "principles of justice, equity and good conscience" (1). Het feit dat een principe algemeen aanvaard is, wijst erop dat het billijk en rechtvaardig is : "Ce principe est généralement admis dans les cercles commerciaux et doit être aussi reconnu comme juste en droit" (2).

Algemene rechtsbeginselen en billijkheid mogen evenwel niet gelijk gesteld worden. De eersten gieten de billijkheid in een juridische vorm.

"L'équité est principe, mais principe de morale et non principe de droit ... Le droit doit se proposer de réaliser l'équité ... mais on ne peut réduire les principes généraux du droit à cette règle trop simple que l'équité doit être respectée" (3).

Derhalve mag de arbiter naar billijkheid zich laten leiden door algemene rechtsbeginselen. Indien hij er geen vindt, zou hij, aldus Langen, een norm moeten scheppen die het midden houdt tussen de normen der verscheidene rechtssystemen (4). Dit lijkt evenwel een te mathematische werkwijze om steeds tot billijke resultaten te leiden. Beter zou de arbiter in dergelijk geval eenvoudig de oplossing, die in één der rechtssystemen aanwezig is en die hem het billijkste lijkt, aanwenden (5).

De arbiter naar billijkheid mag afstand doen van de rechtsnorm waarvan de partijen kunnen afwijken (6). Derhalve mag de arbiter, aan wie de partijen opdroegen om zowel naar billijkheid als volgens de algemene rechtsbeginselen te oordelen, een algemeen rechtsbeginsel terzijde laten indien de billijkheid "contra legem" dit toelaat (7).

(1) 20 I.L.R., 545 e.v.

(2) Uitspraak I.K.K. nr. 543, tevens geciteerd door FOUCHARD, Arbitrage, nr. 615.

(3) RIPERT, G., o.c., 575.

(4) LANGEN, Transnational Commercial Law, 223-224.

(5) Zie nr. 129.

(6) Zie nrs. 205-206.

(7) Zie nr. 150.

§ 5. De binomiale benadering

227. Een beslechting volgens de algemene rechtsbeginselen veronderstelt dat de arbiter een norm aanwendt die hij na een onderzoek der verscheidene rechtssystemen als een algemeen rechtsbeginsel kan beschouwen. Een binomiale benadering betekent dat de arbiter normen uit de rechtssystemen der partijen parallel aanwendt ("bi-nomoi" = twee wetten) (1). Zodra de arbiter het rechtssysteem van beide partijen op het geval aanwendt heeft men m.i. een binomiale benadering. Het lijkt irrelevant of de arbiter eerst rechtssysteem A aanwendt en nadien nagaat of ook rechtssysteem B tot dit resultaat leidt ofwel of hij recht A en recht B afzonderlijk en parallel op het geval toepast (2). Dergelijke binomiale benadering volgt enigszins uit het opzet der transnationale handelsarbitrage. Vaak verwacht elk der partijen immers dat de arbiter het geschil zal beslechten volgens de normen waarmee zij het meest vertrouwd is en die zij het best vertrouwt, nl. haar eigen recht. Door elke partij te bewijzen dat de uitspraak volgens haar recht tot de getroffen beslissing leidt, legitimeren de arbiters hun beslissing zo goed mogelijk en maken zij de uitspraak aldus in de grootst mogelijke mate aanvaardbaar voor beide partijen.

228. Handelsarbiters benaderen het geschil in elk geval binomiaal wanneer partijen zo bedongen. De partijen kunnen de arbiters immers opdragen om het geschil te beslechten, volgens het rechtssysteem van elk van de partijen (3).

-
- (1) De term "binomiaal" werd overgenomen van LANGEN, Transnational Commercial Law, 203. Zie tevens SCHLOSSER, Schiedsgerichtsbarkeit, nr. 622.
 - (2) Contra VON HOFFMANN, Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, 117, die in de eerste werkwijze slechts een a posteriori controle ziet van de beslechting die volgens het krachtens het internationaal privaatrecht gekozen recht geschiedde. M.i. zal het probleem der rechtskeuze zich slechts stellen nadat blijkt dat een binomiale benadering geen resultaat geeft.
 - (3) Bijv. overeenkomst tussen Koeweit, Kuwait National Petroleum Co., en Hispanoil (1968), art. 32, (OPEC 1968, 155) ; tussen NIOC en AGIP-Mineraria (1957), art. 40, (OPEC IV, 67) ; tussen Egypte en Transworld Petroleum Co. (1972), art. XI, (FISCHER, Konzession, 354) ; tussen Egyptian General Petroleum Co. en Pan American Oil Co. (1969), art. XLII, (FISCHER, Konzession, 353).

Een binomiale benadering, die in werkelijkheid zelfs meer dan twee rechtssystemen omvatte, werd bijv. bedongen in de overeenkomst tussen NIOC en een internationaal consortium van oliemaatschappijen uit vijf Amerikaanse deelstaten, uit Engeland, uit Frankrijk en uit Nederland :

"In view of the diverse nationalities of the parties to this Agreement it shall be governed by and interpreted and applied in accordance with the principles of law common to Iran and the civilized nations in which the other parties to this Agreement are incorporated".

Indien de beginselen, die aan de rechtssystemen der partijen gemeen waren, niet zouden volstaan, zouden de "principles of law recognized by civilized nations in general" richtinggevend zijn. Het is evenwel de vraag of er buiten beginselen die gemeen zijn aan het Islamitisch recht, aan het recht van vijf Amerikaanse deelstaten en aan dit van Engeland, Frankrijk en Nederland talrijke algemene rechtsbeginselen bestaan. Indien dit niet het geval is, bestaat er weinig kans dat de algemene rechtsbeginselen hulp kunnen brengen in gevallen waar het Islamitisch, Amerikaans, Engels, Frans en Nederlands recht niet eensluidend zijn (1).

Een binomiale benadering is niet enkel een droom van partijen maar wordt door de rechtspraktijk, vooral de arbitrage, toegepast. Niets lijkt een binomiale benadering in de weg te staan. Het is bijgevolg de contractuele taak van de arbiters om deze vervulbare wens van partijen in te willigen.

Het zoeken naar een "false conflict", zoals het Amerikaanse internationaal privaatrecht dit kent, veronderstelt eveneens een binomiale benadering. Dergelijk "false conflict" is aanwezig indien de rechtssystemen, die op het geval aanwendbaar zijn, in hun beslechtingsnormen gelijk zijn of tot dezelfde resultaten leiden (2). De Amerikaanse rechter kan dit slechts weten indien hij deze rechtssystemen op het geval

-
- (1) Zie FARMANFARMA, A., The Oil Agreement, between Iran and the International Oil Consortium : the law controlling, Texas Law Review 1955, 259-287, 268-269.
 - (2) Zie CAVERS, D., The choice-of-law process, Ann Arbor 1965, 89 ; LEEFLAR, R., American Conflicts Law, Indianapolis - New York 1968, § 103 ; WESTERN, P., False Conflicts, 55 California Law Review (1967), 74-122 ; 105-116 ; voor EHRENZWEIG, A., Specific principles of private international law, 124 RdC (1968, II), 167-370, 205-206 en Conflicts in a Nutshell, St. Pauls 1974, 42-43 en 68-69, die trouwens over "non-conflicts" spreekt komen enkel de gelijkenis der normen - en niet deze der resultaten - in aanmerking. De leer der "false conflicts" is deel van de methode van rechtskeuze volgens de "governmental interest analysis". Zie hierover WESTERN, P., art. cit., 78-86.

aanwendt, m.a.w. wanneer hij het geval binomiaal benadert.

Een precedent vormen de Tribunaux Arbitraux Mixtes, die door de vredesverdragen na WO I opgericht werden, o.a. ter beslechting van geschillen welke n.a.v. de oorlog tussen onderdanen van de gewezen vijandelijke mogendheden gerezen waren (1). De arbiters waren nagenoeg vrij om de beslechtingsnormen te kiezen (2). Vaak pasten zij, wanneer zij niet konden beslissen welk recht aan te wenden, het recht van beide partijen toe (3).

In de Sapphire-arbitrage tussen een Iraanse en een Canadese partij haalde de arbiter algemene rechtsbeginselen uit het Franse, Duitse en Anglo-Amerikaanse recht. Om de partijen te overtuigen van de juistheid dezer algemene rechtsbeginselen vervolgde hij :

"In addition, these rules are well known both in Canadian law which follows the common law and in Iranian Law" (4).

Zo ook onderzocht de arbiter in de arbitrage van het geschil tussen de Heerser van Qatar en International Marine Oil Co., welke beginselen gemeen waren aan de rechtssystemen der partijen, nl. aan het Islamitisch recht, van toepassing in Qatar, en aan het Engelse recht (5).

Arbiters van de I.K.K. beslechten het geschil soms op een binomiale wijze (6). Een enkele maal hebben ook arbiters van de Bulgaarse arbitrage-commissie het recht van de beide partijen vergeleken (7).

(1) Zie nr. 2.

(2) Zie evenwel BLUHORN, R., Le fonctionnement et la jurisprudence des Tribunaux Arbitraux Mixtes, 41 RdC (1932, III), 137-244, 194-195 ; GENTINETTA, Lex Fori, 85.

(3) Zie de uitspraken geciteerd door LIPSTEIN, K., Conflict of laws before International Tribunals, 27 Trans. Grotius Soc. (1942), 142-181 en 29 Trans. Grotius Soc. (1944), 51-83, 151, noot 41 ; GUTZWILLER, M., Das internationalprivatrecht der durch die Friedensverträge eingesetzten Gemischten Schiedsgerichtshöfe, in Int. Jhrb. Schw. III, 123-152, 134 noot 30 ; LANGEN, Transnational Commercial Law, 212-214. Zoals Lipstein aantoonde (p. 152-153), was een binomiale beslechting niet steeds eenvoudig.

(4) 13 I.C.L.Q. (1964), 1017 ; zie tevens 1015.

(5) 20 I.L.R. (1953), 546.

(6) Bijv. I.K.K. nrs. 1022 (FOUCHARD, Arbitrage, nr. 569 en 622), 1025, 1621 ; 1675 (Clunet 1974, 895) ; 2272, 2459 ; GOLDMAN, 109 RdC (1963, II), 408.

(7) Uitspraak 16164, Clunet 1967, 169, 170.

Een binomiale benadering wordt in de hand gewerkt door de opbouw van de arbitrage. Indien het arbitraal paneel uit drie arbiters bestaat, waarvan twee door de partijen aangesteld, valt het dit paneel veelal niet moeilijk om binomiaal te oordelen. De arbiter, die door elk der partijen werd voorgedragen, is immers meestal vertrouwd met het rechtssysteem van deze partij.

229. Het is echter niet uitgesloten dat de beide rechtssystemen bij een binomiale benadering niet eenzelfde oplossing leveren. Voor Langen mag de arbiter dan een nieuwe norm scheppen welke het midden houdt tussen de onverenigbare normen van beide rechtssystemen (1). Dit lijkt evenwel moeilijk verdedigbaar. Het gevaar bestaat immers dat een norm, als compromis gekozen tussen rechtssystemen die elk in een rechtssysteem leven en er hun inhoud en functie uit putten, losstaat van de juridische realiteit en tot onhoudbare gevolgen leidt. Bovendien jaagt de arbiter, die door een compromis-norm beide partijen ter wille is, beiden hoogstwaarschijnlijk tegen zich in het harnas. Indien de binomiale benadering tot geen eenvormig resultaat leidt, lijkt het beter dat de arbiter zijn normen uit één der rechtssystemen put.

Dertien Franse ondernemingen sloten een overeenkomst met zeven Nederlandse ondernemingen om een hoeveelheid melkpoeder aan deze laatsten te verkopen. De Nederlandse ondernemingen zouden telkens onderling beslissen aan wie van hen geleverd diende te worden. Een Nederlandse onderneming, aan wie geleverd werd, ging bankroet. De Franse verkopers spraken de overige zes Nederlandse kopers aan als solidaire schuldenaars. De kopers hadden zich in de overeenkomst echter niet solidair aansprakelijk verklaard. De arbiter benaderde het geschil binomiaal. In Frankrijk, zo stelde hij vast, wordt de solidariteit in handelszaken vermoed; in het Nederlands recht daarentegen wordt de solidariteit enkel gevestigd door een uitdrukkelijk beding. Beide principen zijn onverzoenbaar. Bijgevolg gaf de arbiter de binomiale beslechting op en besloot hij Frans recht op de zaak toe te passen (2).

Desnoods kan de arbiter de norm uit het recht van één der partijen, dat hij uiteindelijk zal aanwenden, afzwakken en enigszins in overeenstemming brengen met het recht der andere partij. Alhoewel dit geen werke-

(1) LANGEN, Transnational Commercial Law, 221.

(2) I.K.K. nr. 1621.

lijke binomiale beslechting meer is, behoudt de beslechting een binomiaal dimensie.

In een geschil tussen een Joegoslaafse en een Poolse onderneming oordeelde de Joegoslaafse Arbitrage-commissie dat een Joegoslaafse norm van toepassing was. De arbiters interpreteerden deze norm evenwel soepel daar de Poolse onderneming niet vertrouwd was met de specifieke, technische details van een wetgeving die vreemd voor haar was ; te meer daar de Joegoslaafse regel niet in de andere rechtssystemen voorkwam (1).

(1) Zie uitspraak 5 december 1967, geciteerd door VARADY, Jug. Rev. Med. Pravo 1970, 357.

HOOFDSTUK VI

HET INTERNATIONAAL RECHT

230. Het kan verwondering wekken dat handelsarbiters beslechtingsnormen uit het internationaal recht aanwenden. Het internationaal recht regelt immers in de eerste plaats de publiekrechtelijke verhoudingen tussen soevereine staten (1). Het is niet bedoeld om een handelsovereenkomst te regelen, ook al werd deze gesloten door een staat of een internationale organisatie (2). Wanneer een staat, een nauw met de staat verwante entiteit of een internationale organisatie partij tot de arbitrage is, kan het internationaal recht evenwel mogelijkheden bieden, die arbiters en partijen niet vinden in het nationaal recht. Het internationaal recht beschermt de privaatspersoon bovendien in een zekere mate tegen de aantasting van zijn contractuele rechten door de wetgeving van de staat-medecontractant. Dergelijke aantasting, geeft echter in de regel enkel aanleiding tot de betaling van schadevergoeding.

Het internationaal recht speelt bijgevolg een rol bij de transnationale handelsarbitrage (§ 1). Welke normen relevant kunnen zijn wordt toegelicht (§ 2). Bovendien dient onderzocht hoe normen van internationaal recht beslechtingsnormen kunnen worden in een transnationale handelsarbitrage (§ 3). Anderzijds bestaat er een relatie tussen de handelsarbitrage volgens internationaal recht en deze naar billijkheid (§ 4). Tenslotte kan het aangewezen zijn voor arbiters in een geschil, waarbij een staat of internationale organisatie partij is, om hun beslissing te richten naar het internationaal recht - ook al wensen zij dit recht niet als beslechtingsnorm toe te passen (§ 5).

(1) Zie GUGGENHEIM, P., Traité de droit international public, Genève 1971, deel I, 2 ; VERDROSS, A., Völkerrecht, Wenen 1964, 1-5.

(2) Zie nr. 125, 128.

§ 1. De transnationale handelsarbitrage en het internationaal recht

231. Het internationaal recht kan een rol spelen bij de beslechting van arbitrale geschillen wanneer een staat, een nauw met de staat verwante onderneming of een internationale organisatie partij tot de arbitrage is.

In enkele overeenkomsten bepaalden de partijen uitdrukkelijk dat de arbiters (ook) volgens het internationaal recht moeten beslechten (1).

- (1) Bijv. overeenkomst tussen Republiek van Zuid-Vietnam en enkele oliemaatschappijen : "The arbitrators shall base their decision on equity and the principles of international law" (SPOFFORD, 113 RdC (1964, III), 205).
- Joint-Venture tussen NIOC, ERAP en Sofiran, art. 41 : de arbiters zijn "not restricted by any specific rule of law", maar moeten oordelen volgens "equity, generally recognized principles of law and in particular International Law" (OPEC 1966, 132).
 - Joint-Venture tussen Lipetco (Libië), Auxerap en Aquitaine-Libye, art. 43 : "It is agreed that the Arbitration Board, in arriving at the award, shall in no way be restricted by any specific rule of law, but shall have the power to base its award on the principles of law of Libya common to the principles of international law..." (OPEC 1968, 197). Deze clause werd overgenomen van art. 28 van de Libische modelovereenkomst voor olieconcessies (OPEC 1966, 184).
 - Overeenkomst tussen Tunesië en de Compagnie des transports par pipelines au Sahara, art. 22 : "Le tribunal arbitral ... pourra ... fonder ses décisions provisoires et sa sentence sur des principes de droit et en particulier de droit international" (WEIL, 128 RdC (1969, III), 162).
 - Overeenkomst tussen de Republiek der Ivoorkust en Union Carbide, art. 29: "Toutefois, si les circonstances ou une situation critique exigent de telles mesures (nationalisatie of confiscatie), le Gouvernement reconnaît que, conformément au droit international, le versement prompt d'une juste et équitable indemnité en monnaie transférable sera dû, pour autant que ses mesures léseront directement ou indirectement les intérêts de non-nationaux" (DELAUME, Transnational Contracts, § 1.03).
- Zie tevens het ontwerp van standaard-overeenkomst voor investeringen in de textielsector, opgesteld door Ph. Kahn en besproken in de I.L.A. : "Les rapports entre les parties sont régis par la présente convention, par les coutumes professionnelles généralement admises dans les filatures et tissages, par le droit du pays d'accueil et par les principes de droit international applicable en la matière" (art. 6), (I.L.A. Report of the 54 th. Conference, 541).

In andere overeenkomsten opteerden de partijen voor de algemene rechtsbeginselen ; eventueel specificeerden zij zelfs dat deze tevens de algemene rechtsbeginselen omvatten, die door internationale rechtbanken erkend werden (1). Algemene rechtsbeginselen maken geen afzonderlijk rechtssysteem uit (2). Een dergelijke aanduiding van de algemene rechtsbeginselen - luidens art. 38 van het statuut van het Internationaal Gerechtshof één der bronnen van internationaal recht - zou men bijgevolg kunnen beschouwen als een impliciete aanduiding van het internationaal recht (3).

De Wereldbank-conventie (art. 42, lid 1) schrijft de arbiters van het Centrum voor de Beslechting van Investeringsgeschillen voor om te beslechten volgens het recht van de staat-medecontractant "als mede die volkenrechtelijke regels, welke van toepassing kunnen zijn op de zaak", wanneer de partijen geen recht hebben aangeduid.

232. In enkele uitspraken wendden de arbiters normen van internationaal recht aan zonder dat de partijen of het arbitragereglement hen dit opdroegen.

Terloops kan vermeld worden dat arbiters normen van internationaal recht toepasten om een volkenrechtelijk deelaspect van het geschil te beoordelen.

Voor een geschil tussen Petroleum Development en de Sjeik van Abu Dhabi en in een geschil tussen de Sjeik van Qatar en International Marine Oil Co. over een concessie van de zeebodem ging de arbiter voorafgaandelijk na of de staat volgens het internationaal recht wel de bevoegdheid had om dit deel van de zeebodem in concessie te geven (4).

Franse arbiters onderzochten mbt. een arbitrage tussen een Algerijnse en een Franse onderneming of een verdrag tussen Frankrijk en Algerië

(1) Zie nr. 215.

(2) Zie nr. 224.

(3) LAUTERPACHT, Recueil Guggenheim, 656-657.

(4) Respectievelijk I I.C.L.Q. (1952), 247 en 20 I.L.R., 534.

hen niet alle bevoegdheid ontnam (1).

In de Aramco-arbitrage beweerde Saoedi-Arabië dat haar volkenrechtelijke soevereiniteit haar toeliet om Aramco, in weerwil van de concessie-overeenkomst, het vervoerrecht der gewonnen olie te ontnemen en om de wijze te bepalen waarop de petroleum haar grondgebied mocht verlaten. De arbiters moesten derhalve het internationaal recht op dit punt onderzoeken (2). De arbiters verklaarden zich bovendien bereid om aspecten van het geschil, die niet door een nationaal recht geregeld konden worden (vervoer op volle zee ; soevereiniteit over territoriale wateren, internationaal-rechtelijke aansprakelijkheid), te beoordelen volgens het internationaal recht (3).

Dergelijke uitspraken zijn voor deze studie van de arbitrale rechtsvinding slechts in een beperkte mate interessant : enkel het internationaal recht kon de relevante beoordelingsnormen leveren voor deze typisch-volkenrechtelijke deelaspecten van het geschil.

Belangrijker voor de arbitrale rechtsvinding zijn daarentegen de schaarse uitspraken over geschillen met een staat of hiermee nauwverwante entiteit als partij, waarin de arbiters oordeelden dat het internationaal recht (mede) de overeenkomst beheerste. Inderdaad, hierdoor impliceerden zij dat op deze overeenkomsten het nationaal recht (gedeeltelijk) niet van toepassing was maar plaats moest ruimen voor het internationaal recht (4). Dat handelsarbiters internationaal recht aanwenden

-
- (1) Arbitrale uitspraak 8 en 30 maart 1968, Rev. Arb. 1968, 69. Zie eveneens nr. 194.
 - (2) R.C.D.I.P. 1963, 348-350. De arbiters kwamen evenwel tot de bevinding dat deze argumenten van Saoedi-Arabië ongegrond waren.
 - (3) R.C.D.I.P. 1963, 318..
 - (4) Bijv. - arbitrage tussen Lena Goldfields en de U.S.S.R. (1930), 36 Corn. L.Q. (1950), 42, 50.
 - arbitrage tussen Radio Corporation of America en de Regering der Republiek China (1935), R.S.A. III, 1623, 1627.
 - Arbitrage inzake de "afgeleide vrachten" tussen Groot-Britannië en Griekenland (1955), R.C.D.I.P. 1956, 278, 285-286 ; Rev. Arb. 1956, 15, 20.
 - Een arbitrale uitspraak in een geschil tussen Griekenland en enkele electriciteitsmaatschappijen toont niet duidelijk aan of de arbiter werkelijk internationaal recht toepast. Alhoewel de arbiter verwees naar de algemene rechtsbeginselen, zoals bedoeld door art. 38 van het Statuut van het Internationaal Gerechtshof als bron van internationaal recht, paste hij deze beginselen slechts "per analogie" toe (geciteerd door WEIL, 128 RdC (1969, III), 169).
 .../...

op investeringsovereenkomsten, waarbij een staat of een hiermee nauw verwante entiteit partij is, mag niet verwonderen. In de ogen van vele arbiters en buitenlandse investeerders kan immers enkel het internationaal recht de mogelijkheden aan banden leggen die de staat-medecontractant als staat bezit om de overeenkomst te ontkrachten. Deze beveiligende functie van het internationaal recht wordt duidelijk aangetoond door de "Guidelines for International Investment" van de Internationale Kamer van Koophandel.

Nadat gesteld werd dat de onderneming het nationaal recht van de staat-medecontractant (de "Host-Country"), waarin de investering plaats grijpt, dient te eerbiedigen, vervolgen de richtlijnen :

"The Government of the Host-Country should respect the recognized principles of international law, reflected in many international treaties regarding the treatment of foreign property, concerning in particular :

- I. fair and equitable treatment for such property ;
- II. the avoidance of unreasonable and discriminatory measures ;
- III. the observance of contractual and other undertakings given to the investor ;
- IV. in the event of expropriation or nationalisation the effective payment, without undue delay, of just compensation" (1).

De voornaamste rollen, die het internationaal recht aldus toebedeeld krijgt, zijn enerzijds de verzekering dat de staat-medecontractant zijn

.../...

- De arbiter in de Sapphire-zaak liet uiteindelijk in het midden of hij internationaal recht aanwende of een quasi-volkenrecht, dat een quasi-volkenrechtelijke overeenkomst slechts aanvulde (cfr. nr. 165). De overeenkomst tussen Sapphire en NIOC bepaalde weliswaar dat "force majeure", zoals in de overeenkomst gebruikt, moest gedefinieerd worden "according to the principles of international law". Hierop steunde de arbiter zijn besluit dat de algemene rechtsbeginselen - zoals door art. 38 van het Statuut van het Internationaal Gerechtshof omschreven als bron van het internationaal recht - van toepassing waren. Hij vervolgde evenwel : "Their application is particularly justified in the present contract, which was concluded between a State organ and a foreign company and depends upon public law in certain of its aspects : it has therefore a quasi-international character which releases it from the sovereignty of a particular legal system and it differs fundamentally from an ordinary commercial contract" (13 I.C.L.Q. (1964), 1011, 1013).

(1) "Guidelines for International Investment", door de Raad van de Internationale Kamer van Koophandel aangenomen in 1972, Parijs 1972, 27.

contractuele verplichtingen zal nakomen (en deze niet zal ontkrachten door zijn nationaal recht) en anderzijds dat de staat-medecontractant bij onteigening een billijk, vlugge en daadwerkelijke schadevergoeding zal betalen. Resolutie nr. 1803 (XVII) van de Algemene Vergadering der Verenigde Naties inzake de bestendige soevereiniteit over de natuurlijke rijkdommen bevestigde deze dubbele rol van het internationaal recht (1).

Art. 3 stelt dat bij een concessie het ingevoerde kapitaal en de opbrengst van dit kapitaal beheerst moeten worden door de bedingen van de overeenkomst, door de geldende nationale wet en door internationaal recht. Art. 4 bepaalt dat de schadevergoeding bij onteigening bepaald wordt door het internationaal recht.

Het internationaal recht lijkt deze beveiligende rol niet meer te spelen in de mening van enkele landen die stelden dat het internationaal recht geweerd moest worden uit het Handvest van Economische Rechten en Plichten van Staten (2). Art. 2 van het Handvest bepaalt enkel dat het nationaal recht van de staat, waarin geïnvesteerd werd, deze investeringen kan reglementeren en dat het bedrag, dat uitgekeerd moet worden bij onteigening bij geschil in de regel bepaald wordt door het nationaal recht van die staat. Het internationaal recht blijft evenwel op het Handvest van toepassing ; het blijft de handelingsvrijheid van de staat beperken (3). De omstandigheid dat de overgrote meerderheid van landen akkoord ging dat het nationaal recht van de staat, waarin geïnvesteerd wordt, de overeenkomst van investering kan reglementeren en dat de onteigening door dit recht geregeld wordt heeft niettemin enige betekenis. Het Handvest is weliswaar een resolutie van de Algemene Vergadering van de UNO, die o.m. gezien de tegenstemmen en onthoudingen, niet algemeen bindend is (4). Uit de stemming van art. 2 bleek echter dat de over-

(1) Zie 57 A.J.I.L. (1963), 710 ; 2 I.L.M. (1963), 223.

(2) Algemene Vergadering, Resolutie 3281 (XXIX), 14 I.L.M. (1975), 251.

(3) CASTANEDA, J., La charte des droits économiques des états, A.F.D.I. 1974, 31-56, 54.

(4) CASTANEDA, J., La charte des droits et devoirs économiques des Etats, A.F.D.I. 1974, 31-56, 34-42 ; CASTANEDA, J., La Charte des Droits et des Devoirs économiques des Etats du point de vue du droit international, in Justice économique internationale, Parijs 1976, 75-118, 82-84 ; FEUER, G., Réflexions sur la charte des droits et devoirs économiques des états, R.G.D.I.P. 1973, 273-306, 301-304 ; SALEM, M., Vers un nouvel ordre économique international, Clunet 1975, 753-800, 799 ; WHITE, G., A new international economic order, Virginia Journal of International Law 1976, 323-345, 330. Over de

grote meerderheid van landen, alhoewel akkoord dat er een internationaal-rechtelijke verplichting bestond om bij onteigening schadevergoeding te betalen, onmogelijk kon accepteren dat deze schadevergoeding juist, vlug en daadwerkelijk moest zijn, zoals het klassieke internationaal recht voorschrijft (1). Derhalve kan men stellen dat in de statengemeenschap de concensus en de algemene rechtsovertuiging verdwenen zijn waardoor het beginsel van de juistheid, daadwerkelijkheid en vlugheid van de schadevergoeding bindt (2); dit beginsel lijkt derhalve ondermijnd. Zo ook leek het bij de stemming van art. 2 algemeen aanvaard dat de staat de bevoegdheid heeft om de investeringen - bijv. bij overeenkomsten die de staat met buitenlandse investeerders gesloten had tegen de contractuele bedingen in - te reglementeren. Twee internationaal-rechtelijke beginselen zouden het gedrag van de staat evenwel beheersen: enerzijds moet de staat ter goeder trouw zijn wanneer hij zijn overeenkomst met een investeerder aantast door wijziging in zijn nationaal recht (3); anderzijds moet de staat bij onteigening schade vergoeden, ook al wordt het bedrag en de modaliteiten van de schadevergoeding door het nationaal recht van de staat bepaald (4).

233. Het internationaal recht, dat de handelsarbiters kunnen toepassen, werd door de auteurs op verscheidene wijzen geëtiketteerd (5). Een

.../...

waarde van Uno-resoluties: bijv. FITZMAURICE, G., *The Future of Public International Law and of the International Legal System in the circumstances of today*, in Evolutions et perspectives du droit international, Bazel 1973, 196-328, 268-271. DI QUAL, L., Les effets des résolutions des Nations Unies, Parijs 1967, 107-147; VERDROSS, A., *Kann die General-Versammlung der Vereinten Nationen das Völkerrecht weiterbilden?* 26 ZaöRV (1966), 690-697.

- (1) CASTANEDA, J., art. cit. in Justice économique internationale, 106-107.
- (2) CASTANEDA, J., idem, 83, 112.
- (3) CASTANEDA, J., idem, 110-111.
- (4) CASTANEDA, J., idem, 107.
- (5) Onbruikbaar en rechtstheoretisch ongegrond lijkt de bepaling van KAHN in I.L.A. Report of the 54 th conference, 541: "Par principes du droit international applicables aux investissements nous entendons des règles de droit international, quelle qu'en soit la

.../...

eerste reeks specifieke benamingen werd gegeven aan het deel van het internationaal recht, dat de economische verhoudingen tussen de staten regelt.

Zo spraken Mann en Gal van een "commercial law of nations" (1). Schwarzenberger had het aldus over "international economic law" (2). Langen noemde dit recht "internationales Wirtschaftsrecht" (3).

.../...

source, qui ont des répercussions directes sur le droit des investissements, qu'il s'agisse de principes de droit économique ou de principes d'application plus générale".

- (1) GAL, I., The commercial law of nations and the law of international trade, 6 Corn. Int. 'l L.J. (1972), 55-75 ; MANN, F.A., Reflexions on the Commercial Law of Nations, Brit. YB. Int. L. 1957, 20-51.
- (2) SCHWARZENBERGER, G., The principles and standards of international economic law, 117 RdC (1966, I), 5-98, 7, 17.
- (3) LANGEN, E., Studien zum internationalen Wirtschaftsrecht, Munchen 1973.

Een andere reeks benamingen wilde het deel van het internationaal recht aanduiden, zoals het geldt voor een overeenkomst tussen een staat of hiermee nauw verwante entiteit en een buitenlandse investeerder.

In deze zin had Borchers het over een "internationales Wirtschafts-vertragsrecht" (1), Weil over een "droit international des contrats" (2) en Rengeling over een "Privatvölkerrecht" (3).

Deze aparte benamingen werken verhelderend voor zover zij het deel van het internationaal recht omschrijven dat speciaal geschikt is om de handelsarbiters beslechtingsnormen te leveren. Aldus wordt bijvoorbeeld duidelijk gemaakt dat gedeelten van het internationaal recht mbt. oorlog, territorium, internationale organisatie, enz. niet in aanmerking komen. Indien een eigen benaming evenwel (zoals bij Rengelings "Privatvölkerrecht") moet aantonen dat de arbiter zijn normen put uit een bron, die weliswaar enige gelijkenis vertoont met het internationaal recht, maar toch geen internationaal recht zou zijn, moet men een eigen benaming m.i. juist om deze reden afwijzen. Een specifiek recht van de handelsovereenkomsten kan immers in geen geval los van het algemeen internationaal recht bestaan (4). Dergelijke overeenkomsten blijven de uitzondering en zijn uiterst gevarieerd. De rechtsbeginselen, die voor hen relevant zijn, kunnen slechts met enkele verfijningen, aanpassingen en aanvullingen, uit het algemeen internationaal recht geput worden. Derhalve verkiezen wij ook verder van "internationaal recht" te spreken om elke terminologische en rechtstheoretische verwarring te voorkomen.

§ 2. Vaststelling van het internationaal recht

234. Het internationaal recht, dat de arbiter wil toepassen, bestaat

(1) BORCHERS, Verträge von Staaten mit ausländischen Privatpersonen, 193-201.

(2) WEIL, 128 RdC (1969, III), 189-204.

(3) RENGELING, Privatvölkerrechtliche Verträge, 192-237.

(4) Zie bijv. FISCHER, O.Z.ö.R. 1973, 359.

uit overeenkomsten, gewoonten en algemene rechtsbeginselen - de bronnen van internationaal recht luidens art. 38 van het Statuut van het Internationaal Gerechtshof (1). Op een handelsovereenkomst tussen staten kan het Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht van toepassing zijn. Dit verdrag geldt evenwel niet voor handelsovereenkomsten, afgesloten door een internationale organisatie of tussen een staat en een privaatspersoon (art. 2-3) (2). Een arbiter, die een internationale norm zoekt voor dergelijke overeenkomst kan evenwel het Verdrag van Wenen per analogie toepassen (3). De gewoonten kunnen ook als arbitrale norm van internationaal recht aangewend worden (4). Een arbiter, die volgens het internationaal recht oordeelt, moet uiteindelijk rekening houden met de algemene rechtsbeginselen - in het vorige hoofdstuk besproken (5).

-
- (1) De Wereldbank-conventie stelt dat de arbiters het internationaal recht kunnen aanwenden. In de memorie van toelichting wordt duidelijk gemaakt dat dit internationaal recht, alhoewel niet het traditioneel volkenrecht, uit dezelfde rechtsbronnen geput moet worden :
 "The term "international law" as used in this context should be understood in the sense given to it by article 38 (1) of the Statute of the International Court of Justice, allowance being made for the fact that Article 38 was designed to international disputes" (Documents, deel II, nr. 145, § 40, 1082).
 - (2) Zie GOLDSCHMIDT, 136 RdC (1972, II), 243 ; SUY, De contracten tussen ontwikkelingslanden en vreemde investeerders, 1006 ; WEIL, 128 RdC (1969, III), 158, 188.
 - (3) Zie BOCKSTIEGEL, Der Staat, 321-334.
 - (4) GAL, I., art. cit., 59-60 ; RENGELING, Privatvölkerrechtliche Verträge, 216-217. (Deze auteur is onduidelijk over de vraag of hierdoor alleen volkenrechtelijke gewoonten bedoeld worden of ook privaatrechtelijke, in het internationaal recht geïncorporeerd). WEIL, 128 RdC (1969, III), 196. Borchers besteedt geen aandacht aan het gewonterecht als arbitrale beslechtingsnorm.
 - (5) Zie bijv. BORCHERS, Verträge von Staaten mit ausländischen Privatpersonen, 196-197 ; RENGELING, Privatvölkerrechtliche Verträge, 218-221 ; WEIL, 128 RdC (1969, III), 198-204.
 Voor WEIL zou voor de overeenkomst tussen staat en een buitenlands persoon vooral de Franse leer van het "contrat administratif", die een meer soepele contractuele relatie vooropstelt (bijv. mbt. overmacht en "imprévision"), als algemeen (sic) rechtsbeginsel verheven moeten worden (p. 202-204).

235. Het internationaal recht is, zoals gezegd, in de eerste plaats bestemd om de publiekrechtelijke verhoudingen tussen soevereine staten en internationale organisaties te regelen. Handelsovereenkomsten, die traditioneel in de sfeer van het nationaal recht thuis horen, behoren nagenoeg nooit tot zijn toepassingsgebied. In elk geval bevat het internationaal recht thans nog onvoldoende normen om geschillen inzake handelsovereenkomsten te beslechten (1).

Een mogelijkheid zou zijn dat de handelsarbiters de nodige normen van internationaal recht zelf formuleren. Door deze rechtsvinding zouden arbiters - in de ogen van auteurs zoals Borchers, Böckstiegel, Fischer, Mann en Rengeling - handelsovereenkomsten in de ruimste mate volgens het internationaal recht kunnen beslechten (2).

-
- (1) - "The law of nations does not embrace any law of contracts" (The USA on behalf of Hofman and Steinhardt v. The Republic of Turkey ; American-Turkish Claims Settlement, Opinions and Reports (Washington 1937, 287), geciteerd door WEIL, 128 RdC (1969, III), 118).
 - "There is still another slight difficulty in the subjection to the law of nations of a private contract between a State and an individual ... The law of nations has not yet developed a legal technique sufficiently well-equipped to answer the numerous questions of private law, which arise in a litigation between the State and a private person" M. WOLFF, Some observations on the autonomy of contracting parties in the conflict of laws, 35 Trans. Grotius Soc. (1949), 143-155, 152.
 Zie verder MANN, Brit. YB. Int. L. 1959, 43, noot 3.
- (2) BORCHERS, Verträge von Staaten mit ausländischen Privatpersonen, 198 ; MANN, Jus et Lex, 470, noot 14 ; RENGELING, Privatvölkerrechtliche Verträge, 203, 217-222. Meer genuanceerd : BOCKSTIEGEL, Der Staat, 119-121 (eventuele "Zuordnung" van de overeenkomst aan het internationaal recht) ; FISCHER, Konzession, 428-429, 447 (internationaal recht beheerst concessie maar nationaal recht kan bepaalde aspecten van de contractuele relatie regelen of als "lex specialis" gelden).
 WEIL, 128 RdC (1969, III) stelt dat het internationaal verbintenissenrecht moet uitgebouwd worden aan de hand van de algemene rechtsbeginselen uit het nationaal recht. Anderzijds zou de geldigheid der overeenkomst en andere aspecten der overeenkomst door een nationaal recht beheerst worden. Gezien de feitelijke verhoudingen en de localisatie der prestatie zou dit nationaal recht meestal dit van de staat-contractant zijn (p. 188). Zie evenwel nr. 234, in fine.

Dergelijke "ad hoc"-rechtsvinding biedt evenwel geen rechtszekerheid. Uit het vorige hoofdstuk bleek dat uit algemene rechtsbeginselen zelden een hanteerbare norm kan naar voren komen. Het onderzoeksveld wordt trouwens meestal tot enkele rechtssystemen beperkt ; soms laat de arbiter zelfs een norm met beperkte gelding als algemeen rechtsbeginsel doorgaan. In principe is de arbitrale uitspraak overigens geheim. Een nieuwgevonden norm, die de arbiter weliswaar als volkenrechtelijk bestempelt, zal derhalve zelden het arsenaal van gevestigde volkenrechtelijke principes aanvullen. Trouwens voor de handelsovereenkomst bestaat een grote verscheidenheid van normen. Elk handelsmilieu bezit zijn eigen regels. Voor een levering door een multinationale vennootschap aan een Westerse staat gelden andere normen dan voor een investeringsovereenkomst tussen een ontwikkelingsland en een Oost-Europese staatsonderneming (1).

Kortom, de normen van internationaal recht zijn te weinig talrijk ; de rechtsvinding is te onzeker en de vereiste normen zijn te gevarieerd opdat het internationaal recht de enige normenbron zou zijn om de gehele, en vaak complexe, contractuele relatie te regelen (2). Het lijkt meer aangewezen dat naast het internationaal recht nationaal recht van toepassing blijft voor de aspecten van de contractuele relatie, die niet door het internationaal recht geregeld worden (3).

-
- (1) WEIL, 128 RdC (1969, III), 195. RENGELING (Privatvölkerrechtliche Verträge, 216 en 219) lost dit op door een differentiatie in de bronnen van het "Privatvölkerrecht" door middel van regionale gewoonten en bijzondere algemene rechtsbeginselen.
 - (2) Zie bijv. FAWCETT, J. Legal aspects of State Trading, Brit. YB. Int. L. 1948, 34-51, 44 noot 3 ; FRIEDMANN, W., Some impacts of social organization on international law, 50 A.J.I.L. (1956), 475-513, 484. WEIL (128 RdC (1969, III), 191-194) geeft trouwens toe dat het "internationaal verbintenissenrecht" voorlopig nog uit eerder vage en soms tegenstrijdige richtlijnen dan uit preciese normen bestaat.
 - (3) Documents, deel II, nr. 31, 466 ; BORCHERS, Verträge von Staaten mit ausländischen Privatpersonen, 206 (nationaal recht vult overeenkomst aan) ; DELAUME, B.T.I.R. 1968, 363-365 (monisme) ; BOCK-STIEGEL (Der Staat) stelt dat het internationaal recht de volkenrechtelijke "Bindung" van de overeenkomst regelt (p. 177-361) ; de overeenkomst kan evenwel beheerst worden door een nationaal recht (p. 105-110) ; beide aspecten blijven gescheiden in de contractuele relatie (p. 314-319).

.../...

De Wereldbank-conventie bevestigt dat het nationaal recht en het internationaal recht elkaar als beslechtingsnorm aanvullen. Art. 42, lid 1 in fine van de Wereldbank-conventie bepaalt immers dat de arbiters het internationaal naast het nationaal recht van de staat-medecontractant (i.p.r. inbegrepen) moeten aanwenden wanneer de partijen geen recht aangeduid hebben. De ontwerpers weken aldus uitdrukkelijk af van het eerste ontwerp van tekst, dat "national or international law" vermeldde, omdat zij de indruk wilden vermijden dat de aanwending van internationaal recht of van nationaal recht elkaar uitsluitend alternatieven waren (1).

236. Er zijn normen van internationaal recht, die de handelsarbiters toelaten een beslissing te treffen, die hij niet bereiken kan met de aanwending van het anders aan te wenden nationaal recht.

De interpretatie van een overeenkomst volgens het internationaal recht lijkt - zo stelden de arbiters in de zaak van de "afgeleide vrachten" - op de interpretatie volgens het nationaal recht (2). Arbiters van het geschil tussen Radio Corporation of America en de Chinese regering stelden bijv. duidelijk dat een staat zowel luidens het nationaal als het internationaal recht slechts afstand doet van de soevereine rechten die uitdrukkelijk in de overeenkomst vermeld wer-

.../...

FISCHER (Konzession) stelt dat het internationaal recht de concessie-overeenkomst met een staat beheerst (p. 451). Het ontginningsrecht, het fiscaal recht, het vennootschappenrecht, het arbeidsrecht en het sociaal recht van de concessie-verlenende staat gelden evenwel als "lex specialis" (p. 257-317).

PIRRUNG, Schiedsgerichtsbarkeit nach dem Weltbankübereinkommen, 152.

(1) Documents, deel II, nr. 81, 80.

(2) "Considérant que les principes de droit international qui gouvernent l'interprétation des traités ou accords internationaux ainsi que l'administration des preuves, ont été dégagés par la doctrine et surtout par la jurisprudence internationale en correspondance étroite avec les règles d'interprétation des contrats adoptées à l'intérieur des nations civilisées. Que, parmi ces règles d'interprétation, il faut notamment avoir présents à l'esprit : le principe fondamental de la bonne foi qui régit, soit l'interprétation, soit l'exécution des conventions, et incite à rechercher la commune intention des Etats contractants ; la prise en considération du but de l'accord, et des circonstances de temps et de milieu dans lesquelles il a été conclu ; la règle de l'effet utile selon laquelle on doit supposer que les rédacteurs d'une clause ont voulu donner à celle-ci une signification réelle et une portée opérante ; enfin la règle qu'il n'y a pas lieu de se livrer à une interprétation de clauses qui sont claires et précises". (Rev. Arb. 1956, 20 ; R.C.D.I.P. 1956, 286).

den (1). Niettemin zouden de interpretatieregelen van het internationaal recht van deze van het nationaal recht verschillen (2). In elk geval lijkt het waarschijnlijk dat de arbiter, die de overeenkomst volgens het internationaal recht interpreteert, meer oog zal hebben voor de eigen principes van het internationaal recht, zoals staatsbelang, soevereiniteit, enz..

"Pacta sunt servanda" is een algemeen rechtsbeginsel van het internationaal recht waardoor de partijen verplicht zijn hun akkoorden na te leven. Het is evenwel de vraag in welke mate dit beginsel de buitenlandse privaatspersoon kan beschermen tegen latere wetswijzigingen of administratief ingrijpen waardoor de staat-medecontractant (3) de contractsinhoud wil vervormen.

Sommige auteurs zien in "pacta sunt servanda" een internationaal-rechtelijke garantie voor de buitenlandse privaatspersoon dat diens staat-medecontractant de overeenkomst, die aan het internationaal recht onderworpen is, zal naleven (4). Men mag de draagwijdte van deze bescherming evenwel niet overschatten. Men moet zich de vraag stellen of een staat wel gebonden kan zijn aan een overeenkomst waardoor hij de uitbating van zijn natuurlijke rijkdommen aan een buitenlandse investeerder overdraagt (5). In elk geval is men er het nagenoeg over eens dat "pacta sunt servanda" de staat-medecontractant niet belet om in bepaalde voorwaarden op een overeenkomst met een buitenlandse persoon terug te komen door middel van een wijziging in zijn nationaal recht of door een administratieve regeling. Zo zou "pacta sunt servanda" niet beletten dat een wet of administratieve regel, die ingevoerd werd in het algemeen belang van de staat-medecontractant, de overeenkomst kan aantasten (6).

-
- (1) 30 A.J.I.L. (1936), 540 : "It is a correct rule, known and recognized in common law as well as in international law, that any restriction of a contracting Government's rights must be effected in a clear and distinct manner".
 - (2) WEIL, 128 RdC (1969, III), 201.
 - (3) Zowel de staat, als de nauw met de Staat verwante entiteit worden door deze term bedoeld.
 - (4) Zie GARCIA AMADOR, F., Responsabilité des Etats à raison des dommages causés sur son territoire à la personne ou aux biens des étrangers. Avant-projet révisé, art. 10, lid 3, Ann. C.D.I. 1961, II, 49 ; PEPY in de discussie na GOLDMAN, Le droit applicable selon la Convention B.I.R.D., 160 ; Documents, deel II, nr. 31, 502.
 - (5) Zie nr. 210.
 - (6) WEIL, 128 RdC (1969, III), 220-221. Zie tevens de arbitrale uitspraak in R.C.A. t. Tsjechoslovakië, 30 A.J.I.L. (1936), 531 ; I.C.J. Anglo-Iranian Oil Co., Pleadings, Oral Arguments, Documents, 94, 98 ; BOCKSTIEGEL, (Der Staat, 329) meent echter dat het internationaal recht de "Bindungsgrenze" van de overeenkomst uitmaakt. Slechts bij volkenrechtelijke overmacht is de staat-contractant volkenrechtelijk niet meer aan zijn overeenkomst gebonden.

Niet de staat-medecontractant, maar het internationaal forum zal evenwel uiteindelijk beslissen of een maatregel getroffen werd in het hoger belang van de staat-medecontractant (1). Dergelijke hogere belangen zijn bijv. de economische noden van het land (2), de nationale veiligheid (3), de waarneming van de openbare dienst en het staatsbeleid (4). Wanneer de staat-medecontractant de overeenkomst daarentegen niet naleeft, zonder dat dit gerechtvaardigd is door het recht, dat van toepassing is, zou "pacta sunt servanda" wel gelden. Een staat zou zich bijv. niet kunnen rechtvaardigen door een eigen wet in te roepen, uitgevaardigd hetzij ter kwader trouw, hetzij om te discrimineren tussen de overeenkomst en andere overeenkomsten, hetzij om een volkenrechtelijk-onrechtmatige onteigening door te voeren (5). Bovendien is het onduidelijk of alle bedingen (6), ofwel slechts de essentiële bedingen van de

-
- (1) De onteigening van B.P. (Libië) door de Libische regering (11 I.L.M. (1972), 380), door Libië gerechtvaardigd door haar solidariteit met de andere Araabse landen, was bijv. volgens de volkenrechtsgeleerden niet getroffen in het hoger belang van Libië (HAIGHT, G., Libyan Nationalization of British Petroleum Company, 6 Intern'l. Lawyer (1972), 541-547 ; opinies van JENNINGS en SCHWARZENBERGER, The Times 17 januari 1972). De arbitrage-uitspraak, die hierop volgde, werd niet vrijgegeven.
 - (2) GARCIA AMADOR, F., Ann. C.D.I. 1961, II, 49, art. 10, lid 1 ; zie evenwel art. 10, lid 3.
 - (3) Orinoco-case, R.S.A. X, 184, 280.
 - (4) REUTER, P., Droit international public, Parijs 1973, 208.
 - (5) Zie bijv. GARCIA AMADOR, F., Draft Articles on the Responsibility of State for injuries caused in its territory to the person or property of aliens in Recent Codification of the Law of State Responsibility for injuries to Aliens, New York 1974, 68-69, tevens in Ann. C.D.I. 1959, II, 34 ; SOHN, L. en BAXTER, R., Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens, idem, art. 12, 222-233. BORCHERS, Verträge von Staaten mit ausländischen Privatpersonen, 208-209, meent dat de nationale wet van de staat-medecontractant wel geldt wanneer zij uitgevaardigd werd in het levensbelang van deze staat. CASTANEDA, J., La Charte des Droits et des Devoirs économiques des Etats du point de vue du droit international, in Justice économique internationale, Parijs 1976, 110-112 stelt dat de staten steeds gehouden zijn aan het internationaal-rechtelijk beginsel van de goede trouw. Tevens GOLDMAN, Le Droit applicable selon la Convention de la B.I.R.D., 156. Het verbod van rechtsmisbruik zou eveneens voor de wetgevende bevoegdheid van de staat gelden (KOVAR in discussie na GOLDMAN, art. cit., 157). Voor PEPY (idem, 160) is het begrip rechtsmisbruik evenwel te vaag.
 - (6) Zie bijv. GARCIA AMADOR, F., Ann. C.D.I. 1961, II, 49, art. 10, lid 3. Tevens WEIL, 128 RdC (1969, III), 208-211. De voorstanders van de "quasi-volkenrechtelijke" overeenkomst (nr. 165) moeten bijv. tot dit besluit komen. Zie tevens de Anglo-Iranian Oil Co., en de houding van rechter Levi-Carneiro terzake, I.C.J. Rep. 1952, 152-153.

overeenkomst (bijv. inzake prijs, financiële waarborg, fiscale- en douanebepalingen, exclusiviteit) (1) door "pacta sunt servanda" beschermd worden. Zelfs in gevallen dat "pacta sunt servanda" de staat-medecontractant niet belet om door invoering van een wet of administratieve maatregel zijn contractuele verplichtingen te ontkrachten, zou de buitenlandse persoon wellicht recht hebben op schadevergoeding wanneer het financieel evenwicht in de overeenkomst verbroken werd en de staat zich door deze maatregel verrijkte (2).

Een stabilisatie- of immuniteitsbeding (3) schijnt zelfs in het internationaal recht weinig additionele zekerheid te bieden tegen het gevaar dat de staat-medecontractant wetgevend of administratief zou ingrijpen in de overeenkomst. Vooreerst rijst de vraag of de staat-medecontractant wel geldig afstand kan doen van zijn wetgevende soevereiniteit of van zijn permanente soevereiniteit over de natuurlijke rijkdommen (4). Vervolgens kan de staat-medecontractant zich krachtens het internationaal-rechtelijk "rebus sic stantibus" - principe van deze verplichting ontheffen wanneer omstandigheden, als grond voor de toestemming aanwezig bij het sluiten van de overeenkomst, essentieel en onvoorzienbaar gewijzigd zijn (5). Deze omstandigheden moeten evenwel een grond voor de toestemming uitmaken of hun wijziging moet de contractuele verplichtingen eveneens grondig wijzigen (6). Analooq met de hypothese van

-
- (1) WEIL, 128 RdC (1969, III), 221-222, 229. Deze oplossing werd tevens voorgestaan in RCA tegen Tsjechoslovakije en de Aramco-uitspraak, zonder dat de arbiters evenwel duidelijk stelden dat zij terzake een principe van internationaal recht aanwendden.
 - (2) Zie CASTANEDA, J., art. cit. in Justice économique internationale, 90 ; CASTANEDA, J., art. cit., A.F.D.I. 1974, 54 ; GARCIA AMADOR, F., Ann. C.D.I. 1959, II, 34 ; REUTER, P., o.c., 208 ; WEIL, 128 RdC (1969, III), 215, 218, 224-226. Contra : BORCHERS, Verträge von Staaten mit ausländischen Privatpersonen, 209 wanneer de levensnoodzakelijke belangen van de staat een ingreep in de contractuele verhouding wettigen.
 - (3) Zie nrs. 208-210.
 - (4) Zie nr. 210.
 - (5) Zie hierover Documents, deel II, nr. 31, 502. Nota van Groot-Brittannië in I.C.J. Anglo-Iranian Oil Co., Pleadings, Oral Arguments, Documents, 87-89, 91, BOCKSTIEGEL, Der Staat, 330-333 ; BORCHERS, Verträge von Staaten mit ausländischen Privatpersonen, 204-209 ; GOLDMAN, Le droit applicable selon la Convention B.I.R.D., 156 ; RENGELING, Privatvölkerrechtliche Verträge, 249-250 ; VERDROSS, Protection of private property under quasi-international agreements, 362 ; WEIL, 128 RdC (1969, III), 224, 229-234.
 - (6) Zie Verdrag van Wenen inzake het verdragenrecht (23 mei 1969), art. 62. Tevens ROLING, B., De clausula rebus sic stantibus in het volkenrecht, Rechtsgeleerd Magazijn Themis 1972, 574-601.

overmacht wordt in dergelijke situatie de overeenkomst internationaal-rechtelijk opgeheven en dit ongeacht het stabilisatie- of immuniteits-beding.

Bij wanprestatie van de tegenpartij kan de contractspartner krachtens het nationaal recht vaak geen dwanguitvoering eisen ; hij moet zich met schadevergoeding tevreden stellen. Een staat-medecontractant kan zich bovendien achter het algemeen belang verschuilen om elke dwanguitvoering te ontwijken. Een daadwerkelijke uitvoering van de overeenkomst kan voor een partij eventueel essentieel zijn, terwijl het innen van schadevergoeding haar geen redding zou brengen. Een olie-staat, rijk aan petroleumdollars maar arm aan technologie of infrastructuur, is er bijv. niet mee geholpen wanneer hij geld ontvangt in plaats van de beloofde haveninstallaties. In principe kent het internationaal recht uitvoering of ander herstel in natura toe en niet een vergoedende schadevergoeding (1). In de Aramco-arbitrage beslisten de arbiters dat Saoedi-Arabië Aramco het toegekende vervoerrecht niet kon ontnemen ; zij verkozen deze oplossing boven de beslissing dat dit recht aan Aramco ontnomen was en dat Aramco hierdoor recht had op schadevergoeding. Böckstiegel beschouwt deze beslissing als een bevestiging van het feit dat arbiters volgens het internationaal recht eerder uitvoering of herstel in natura dan schadevergoeding toekennen (2).

-
- (1) Zie de zaak van de fabriek te Chorzow, P.H.I.J. series A, nr. 17, 47 ; GODFREY, N., The content of sovereignty : comparing "pacta sunt servanda", in Private Investors abroad, Problems and Solutions, New York 1968, 213-221, 219 ; SCHWEBEL, S., Speculations on specific performance of a contract between a state and a foreign national, in Rights and Duties of Private persons abroad, New York 1965, 201-212. A contrario BOCKSTIEGEL, 59 A.J.I.L. (1965), 105.
- (2) BOCKSTIEGEL, Der Staat, 280. In casu hadden de arbiters evenwel gesteld dat zij (eerder) volgens het recht van Saoedi-Arabië zouden beslissen.

Een onrechtmatige wetgevende of administratieve ingreep van de staat-medecontractant in de contractuele verhouding zou zonder gevolg moeten blijven, gezien de voorliefde van het internationaal recht voor herstel in natura. Vele auteurs poneren evenwel dat een overeenkomst - en dit zelfs ondanks een immuniteits- of stabilisatiebeding - aangetast wordt door dergelijke onrechtmatige ingreep. Voor Nwogugu wordt de overeenkomst dan krachtens het internationaal recht verbroken ; de investeerder heeft enkel recht op schadevergoeding (1). Ook in de voorbereidende werken van de Wereldbank-conventie wordt gesteld dat de staat, die - ondanks een immuniteits- of stabilisatiebeding - wetgevend of administratief onrechtmatig ingrijpt in de overeenkomst, schadevergoeding verschuldigd is (2) ; hieruit kan men afleiden dat de wet of administratieve maatregel geldig blijft. Indien een immuniteits- of stabiliteitsbeding er niet toe zou leiden dat de wetgevende of administratieve ingreep zonder gevolg blijft, en enkel recht op schadevergoeding toekent zou a fortiori enkel schadevergoeding verschuldigd zijn door een staat-medecontractant, die - zonder het verbod van dergelijk beding - onrechtmatig in de overeenkomst ingrijpt.

237. Het werd aangetoond dat de arbiter elke norm van nationaal recht moet aanwenden zoals deze bestaat in het nationaal rechtssysteem waaruit zij geput wordt (3). Dit geldt ook voor normen van internationaal recht. De arbiter zal derhalve vaak zelf een norm van internationaal recht moeten vinden. Hoe kan een arbiter, echter weten of hij de juiste norm van internationaal recht geformuleerd en correct aangewend heeft ? De Engelse "special case" laat de arbiter toe vragen over de inhoud en aanwending van het Engelse recht aan de Engelse rechter te stellen (4). Ook in andere rechtssystemen kan de arbiter de rechter vragen over het eigen recht stellen (5). Wat de eigen rechter voor het nationaal recht is, is het Internationaal Gerechtshof voor het internationaal recht. Gespecialiseerde organisaties, die hiertoe van de Algemene Vergadering der UNO de toelating kregen, kunnen dit Hof om advies vragen (6). Zou het dan ook voor arbiters van het Centrum mogelijk zijn

(1) NWOGUGU, Foreign investments in developing countries, 188-189.

(2) Documents, deel II, nr. 132, 985.

(3) Zie nr. 202.

(4) Zie nrs. 71, 193.

(5) Zie nrs. 194-198.

(6) Zie statuut I.G., art. 65.

om het Internationaal Gerechtshof om uitleg te verzoeken over een norm van internationaal recht ? Bij de totstandkoming van de Wereldbank-conventie werd gespeeld met de idee dat de Algemene Vergadering van de UNO het Centrum voor de Beslechting van Investeringsgeschillen een statuut zou toekennen, analoog met dat van een gespecialiseerd organisme, zodat ook het Centrum het Internationaal Gerechtshof om advies zou kunnen vragen. Aldus zouden de partijen niet alleen nog meer vertrouwen hebben in de arbitrage van het Centrum, maar zou het internationaal recht eveneens harmonieus kunnen uitgroeien. Dit voorstel werd evenwel onverwezenlijkbaar geacht (1). Arbiters, bekommerd om de inhoud van een norm van internationaal recht, kunnen derhalve enkel het advies van volkenrechtsgeleerden inwinnen.

§ 3. Het internationaal recht als beslechtingsnorm

238. Principen van internationaal recht, die voor de beslechting nuttig zijn, worden daarom nog geen beslechtingsnormen. Hiervoor is het nodig dat de arbiter juridisch kan staven hoe het internationaal recht bron van beslechtingsnormen wordt. Langs verschillende wegen is dit mogelijk.

De handelsarbitrage kan volkenrechtelijk zijn omdat zij zich in de volkenrechtelijke sfeer situeert (2). Het eigen recht van deze sfeer is het internationaal recht. Bijgevolg is het internationaal recht het eigen recht van de volkenrechtelijke handelsarbitrage (3).

De Wereldbank-conventie (art. 42) schrijft de arbiters trouwens duide-

(1) Documents, deel II, nr. 29, 420.

(2) Zie nrs. 127-130.

(3) Het nationaal recht komt m.i. niet in aanmerking als foraal recht van transnationale handelsarbitrage omdat de transnationale handelsarbitrage zich wel in een gegeven handelsmilieu, maar niet zozeer in een nationale rechtsorde situeert. Derhalve kunnen m.i. handelsgebruiken wel als foraal recht (nr. 179) ; maar nationaal recht enkel door middel van verwijzingsregels (nr. 203) aangewend worden.

lijk voor om volgens het internationaal recht te oordelen (1). In Gentinetta's terminologie is het internationaal recht "lex fori" voor het Centrum omdat het een richtlijn is van de creator van die arbitrage (2).

De auteurs zijn het echter niet eens over de plaats van het internationaal recht als foraal recht van het Centrum. Voor Goldman bekleden de normen van internationaal recht er de eerste plaats van (3). Voor Pirrung is het internationaal recht een belangrijke, maar niet de eerste normenbron ; dit is het nationaal recht (4). Volgens Kovar, die zich steunt op de terminologie "alsmede die volkenrechtelijke regels, welke van toepassing kunnen zijn op de zaak" zou het internationaal recht slechts in uiterst subsidiaire orde relevant zijn (5).

De arbitrale verwijzingsregels - te bespreken in deel III - kunnen het internationaal recht als beslechttingsnormen aanduiden. Dit kan bijv. het geval zijn wanneer partijen het internationaal recht als norm kozen.

Het internationaal recht kan tenslotte als beslechttingsnorm in de overeenkomst geïncorporeerd worden. Partijen kunnen bijv. bedingen dat het begrip "overmacht" de inhoud heeft, die het internationaal recht het toekent (6). Het internationaal recht inzake overmacht wordt aldus a.h.w. een interpretatie-beding van de overeenkomst. Deze incorporatie mag niet gelijk gesteld worden met een onderwerpen van de overeenkomst

-
- (1) Zie over de toepassing van het internationaal recht als beslechttingsnorm : GOLDMAN, Le droit applicable selon la convention B.I.R.D., 133-156 ; Pirrung, Schiedsgerichtsbarkeit nach dem Weltbankübereinkommen, 152-156.
 - (2) GENTINETTA, Lex Fori, 107-111.
 - (3) GOLDMAN, Le droit applicable selon la convention B.I.R.D., 153-154.
 - (4) PIRRUNG, Schiedsgerichtsbarkeit nach dem Weltbankübereinkommen, 152.
 - (5) KOVAR in discussie na GOLDMAN, Le droit applicable selon la convention B.I.R.D., 157-158.
 - (6) De overeenkomst tussen NIOC en Sapphire bepaalde bijv. in art. 37, § 2 dat overmacht moest geïnterpreteerd worden "according to the principles of international law" (13 I.C.L.Q. (1964), 1013).
Tevens DELAUME, 10 Col. Journ. Transn. L. (1971), 247.

aan het internationaal recht (1). Ondanks de incorporatie moet de overeenkomst nog door een recht beheerst worden. De incorporatie zal slechts geldig zijn in de mate dwingende normen van het recht, dat de overeenkomst beheerst, niet geraakt wordt. Indien het recht, dat de overeenkomst beheerst, het recht van de staat-medecontractant is, zal het geïncorporeerde internationaal recht bijv. geen bescherming bieden tegen het invoeren van nieuwe bindende wetten door de staat-medecontractant.

§ 4. Internationaal recht en arbitrage naar billijkheid

239. De relatie tussen arbitrage naar billijkheid en internationaal recht kan vanuit twee hoeken bekeken worden. Enerzijds is het de vraag in welke mate de arbiter naar billijkheid in het internationaal recht de geschikte beslechtingsnorm kan vinden. Anderzijds dient onderzocht in hoever de arbiter naar billijkheid het internationaal recht, dat normaliter aanwendbaar zou zijn, terzijde kan stellen.

240. De arbiter naar billijkheid kan zich door het internationaal recht laten inspireren.

"The arbitrators shall base their decision on equity and the principles of international law" (2).

Tussen billijkheid en internationaal recht bestaat een nauwe band. Zoals elk rechtssysteem wil het internationaal recht billijk zijn. De billijkheid is wel geen formele bron van het internationaal recht. Volgens art. 38 van het Statuut van het Internationaal Gerechtshof zijn dit immers enkel verdragen, gewoonten, algemene rechtsbeginselen, en - subsidiair - de rechtsleer. Niettemin ligt de billijkheid aan de

(1) Zie DELAUME, B.T.I.R. 1968, 347-350. In de Sapphire-uitspraak werd een verwijzing naar het internationaal recht om inhoud te geven aan het begrip "overmacht" daarentegen als een aanduiding beschouwd van het internationaal recht als "lex contractus" (13 I.C.L.Q. (1964), 1013).

(2) Overeenkomst tussen Republiek van Zuid-Vietnam en enkele oliemaatschappijen (1962) geciteerd door SPOFFORD, 113 RdC (1964, III), 205.

grondslag van menige volkenrechtelijke regel. Verdragen bevatten, zo mag men veronderstellen, billijke regels voor de partijen. Een internationale praktijk kan slechts door de internationale gemeenschap als bindende gewoonte erkend worden indien zij billijk is. Tenslotte kunnen enkel billijke rechtsbeginselen algemeen erkend, en derhalve bron van internationaal recht, worden. In het nationaal recht bestaat het gevaar dat de wetgever uit eigen belang zijn wetgevende bevoegdheid misbruikt en een wet uitvaardigt, die voor de rechtshorigen onbillijk is. Een nationale wet kan trouwens door partijen als onbillijk gevoeld worden omdat zij een belang behartigt, dat de partijen niet raakt. Deze beide gevaren lijken bij het internationaal recht minder aanwezig. Dat een norm ook in het internationaal recht haar plaats heeft, is meestal een garantie voor haar billijkheid.

In de overeenkomst tussen NIOC enerzijds en ERAP en Sofiran anderzijds erkenden de partijen dat de arbiters, die zich door de billijkheid laten leiden, vaak bij het internationaal recht zullen uitkomen. De arbiters waren "not restricted by any specific rule of law". Zij moesten oordelen in "equity". Aldus dienden zij vooral "generally recognized principles of law and in particular international law" toe te passen (1).

De "arbitral commission on property, rights and interests in Germany" moet volgens art. 8 van het oprichtingscharter o.a. oordelen volgens "the general principles of international law and of justice and equity". De arbiters onderzochten de internationale rechtspraak en besloten dat

"It would appear that the effect of the word "equity" in article 8 of the charter is to require the Commission, ... to apply the general principles of international law and justice in such a manner as will produce a fair solution of the matter, ... without being bound by any national law or principle which would compel it to look to the form rather than to the substance of the matter" (2).

241. Een norm van internationaal recht kan evenwel voor een bepaalde casus leiden tot een resultaat dat als onbillijk gevoeld wordt. Kan de arbiter naar billijkheid dergelijke norm terzijde laten? Kan

(1) OPEC 1966, 132.

(2) N.V. Philips Gloeilampenfabrieken t. Bondsrepubliek Duitsland, 42 I.L.R., 348-380, 380.

hij "contra legem" oordelen ?

De arbiter wordt geacht in rechte te oordelen. Om "contra legem", of anders gezegd "ex aequo et bono", te beslechten, moet hij hiervoor de geldige opdracht vanwege de partijen hebben (1). Dit geldt ook voor de beslechting volgens internationaal recht (2). Arbiters van het Permanent Arbitrage-hof kunnen slechts "contra legem" oordelen wanneer zij hiervoor de opdracht van de partijen kregen :

"The Tribunal shall decide on the basis of respect of law, unless an agreement between the parties provides for it to rule ex aequo et bono" (art. 30) (3).

De Wereldbank-conventie bevestigt dit eveneens mbt. de arbitrage door het Centrum voor de Beslechting van Investeringsgeschillen :

"De bepalingen der vorige leden doen geen afbreuk aan de bevoegdheid van het scheidsgerecht om een uitspraak "ex aequo et bono" te doen, indien de partijen zulks overeenkomen" (art. 42, lid 3).

Uit de voorbereidende werken van de Wereldbank-conventie blijkt dat de arbiters, die "ex aequo et bono" mogen oordelen, normen van internationaal recht terzijde kunnen laten (4). Het is evenwel onduidelijk in welke mate het internationaal recht zelf toelaat dat sommige van haar normen door de arbiter naar billijkheid terzijde geschoven werden (5). Voor Habicht, die de internationale beslechting naar billijkheid het meest grondig lijkt bestudeerd te hebben, kan de arbiter dit bijv. doen telkens de "objectieve rechtvaardigheid" of het natuurrecht dit vereist (6). De normen der objectieve rechtvaardigheid zouden dan het

(1) Zie nr. 150.

(2) Bijv. Statuut Internationaal Gerechtshof, art. 38. Zie HABICHT, M., *Le pouvoir du juge international de statuer "ex aequo et bono"*, 49 *RdC* (1934, III), 281-371, 352-353.

(3) 57 *A.J.I.L.* (1963), 505.

(4) *Documents*, deel II, nr. 29, 420.

(5) ROUSSEAU, Ch., *Droit International Public*, Parijs 1971, deel I, nr. 332 ; VERDROSS, A., *Völkerverrecht*, Wenen 1964, 583.

(6) HABICHT, M., *o.c.*, 349-350.

internationaal recht als beslechtingsnormen vervangen (1). Daar het internationaal recht doorgaans objectief-rechtvaardige normen bevat, blijft de mogelijkheid van de arbiter om "contra legem" te beslechten, aldus gevoelig begrenst. Volgens een minder strikte opvatting, door Berber verdedigd, mag de arbiter naar billijkheid het volkenrechtelijk principe der vreedzame coëxistentie toepassen, dat eist dat geschillen bijgelegd worden. Derhalve zou de arbiter naar billijkheid normen van het internationaal recht terzijde mogen laten indien hierdoor de onenigheid uitdooft (2). De arbiter naar billijkheid zou m.i. aldus in het internationaal recht dezelfde rol toebedeeld krijgen als de "amiable compositeurs" in het oude Franse recht : in plaats van de beslechter wordt hij degene die een dading voorstelt. Zijn doel is niet meer recht te spreken maar een oplossing te formuleren die door beide partijen aanvaard wordt. Zijn uiteindelijke beoordelingsnormen zijn niet zozeer het recht of de billijkheid dan wel een zeker pragmatisme en opportunisme (3). Deze laatste opvatting staat ver van de arbitrage als rechtspraak (4). Het lijkt mij meer aangewezen te stellen dat de arbiter naar billijkheid, die van het internationaal recht wil afwijken, zich niet moet laten leiden door pragmatische motieven nopens de aanvaardingskansen van de uitspraak, maar enkel door normen van objectieve rechtvaardigheid.

§ 4. De internationaal-rechtelijke oplossing als richtlijn

242. De inbreuken, waarover de handelsarbiters zich uitspreken, situeren zich in de regel op contractueel vlak. De ene partij verwijt de andere dat deze haar contractuele verplichtingen niet nakwam ; de arbiter moet zich dan over deze contractuele aansprakelijkheid uitspreken.

(1) Zie RENGELING, Privatvölkerrechtliche Verträge, 222 ; tevens BERBER, F., Völkerrecht, München 1973, deel 3, 77 ; HABICHT, M., o.c., 350.

(2) BERBER, F., o.c., 77.

(3) Zie hierover ROUSSEAU, Ch., o.c., nr. 332.

(4) Zie nrs. 9-13.

Een inbreuk vanwege een staat, een nauw hiermee verwante entiteit of een internationale organisatie op de handelsovereenkomst kan zich daarentegen op een dubbel vlak situeren : enerzijds op het handelscontractueel vlak, waarbij de handelsarbiters zich over de contractuele aansprakelijkheid van de staat, een hiermee verwante entiteit of een internationale organisatie moeten uitspreken ; anderzijds op het internationaal-rechtelijk vlak, waarbij een internationaal-rechtelijke instantie (bijv. het Internationaal Gerechtshof) zich uitspreekt over de internationaal-rechtelijke aansprakelijkheid van de staat of internationale organisatie (1). Deze internationaal-rechtelijke aansprakelijkheid wordt gevestigd door elke schuldige inbreuk tegen het internationaal recht.

Wanneer eenzelfde feit zowel de contractuele als de internationaal-rechtelijke aansprakelijkheid op het spel zet, moeten de arbiters er zoveel mogelijk in de beoordeling van de contractuele aansprakelijkheid rekening mee houden dat een internationaal-rechtelijke instantie voor hetzelfde feit de internationaal-rechtelijke aansprakelijkheid zou kunnen vaststellen. Arbiters, die de contractuele aansprakelijkheid zouden afwijzen voor een feit, waarvoor wel de internationaal-rechtelijke aansprakelijkheid vastgesteld kan worden, maken hun uitspraak ondoeltreffend : de andere partij zal de arbitrale uitspraak negeren en op internationaal-rechtelijk vlak schadevergoeding vorderen op grond van de internationaal-rechtelijke aansprakelijkheid. De handelsarbiters moeten bijgevolg hun uitspraak zoveel mogelijk afstemmen op de oplossing inzake de internationaal-rechtelijke aansprakelijkheid, die voor eenzelfde feit vastgesteld kan worden.

Een staat of internationale organisatie kan niet internationaal-rechtelijk aansprakelijk gesteld worden voor elk feit waarvoor de handelsarbiters de contractuele aansprakelijkheid kunnen vaststellen. Slechts

(1) Niet alleen staten, maar ook internationale organisaties kunnen immers internationaal-rechtelijk aansprakelijk zijn (EUSTATHIADES, C., *Les sujets de droit international et la responsabilité internationale*, 84 RdC (1953, III), 397-633, 428).

in bepaalde gevallen kunnen beide vormen van aansprakelijkheid elkaar overlappen. Slechts in deze gevallen moet de handelsarbitrator rekening houden met de internationaal-rechtelijke aansprakelijkheid en met de normen van internationaal recht waardoor deze gevestigd wordt. Twee hypothesen worden nader besproken : de diplomatieke bescherming (A) ; de overkoepelende verdragen (B).

A. De diplomatieke bescherming

243. De diplomatieke bescherming veronderstelt dat een staat op internationaal-rechtelijk vlak een eis instelt tegen een andere staat (1) omdat deze laatste een internationaal-rechtelijk onrecht pleegde tegen een onderdaan van de eerste staat.

Diplomatieke bescherming kan enkel verleend worden nadat de schadelijder de "interne rechtswegen" tot herstel van zijn rechten uitgeput heeft. Normaliter moet hij immers eerst zonder gunstig gevolg zijn rechtsovereenkomst voor de rechtbanken van de onrechtdoende staat ingesteld hebben. Deze studie over arbitrage veronderstelt evenwel dat het aangetijgde feit een inbreuk is op een overeenkomst, waarin een compromissair beding voorkomt. In dat geval zijn m.i. de "interne rechtswegen" slechts uitgeput wanneer de arbitrage afgelopen is of spaak liep. Zolang de arbitrage hangende is, lijkt geen diplomatieke bescherming mogelijk (2). De Wereldbank-conventie bevestigt dit trouwens :

-
- (1) Diplomatieke bescherming lijkt theoretisch ook mogelijk voor een onrecht, aangedaan door een internationale organisatie. In de internationale praktijk en voor de auteurs lijkt deze mogelijkheid niet relevant. Bijgevolg wordt ook hier abstractie gemaakt van deze mogelijkheid.
 - (2) Alhoewel door interne rechtsmiddelen meestal deze van de inbreukplegende staat bedoeld zijn, lijkt ook de arbitrage, als alternatief voor de rechtbanken van deze staat, hieronder begrepen te worden. Zie tevens SCHWEBEL, S. en GILLIS WETTER, J., Arbitration and the exhaustion of local remedies, 60 A.J.I.L. (1966), 484-501, Contra MANN, Brit. YB. Int. L. 1967, 35.

"Geen der Verdragssluitende Staten verleent diplomatieke bescherming of stelt een volkenrechtelijke eis met betrekking tot een geschil, dat één van zijn onderdanen en een andere Verdragssluitende Staat zijn overeengekomen aan arbitrage volgens dit Verdrag te onderwerpen of reeds onderworpen hebben ..." (art. 27).

Indien de staat-medecontractant de arbitrale procedure blokkeert, moet de tegenpartij alles doen om deze op gang te brengen alvorens de diplomatieke bescherming in te roepen (1). Slechts indien dit niet mogelijk blijkt, staat diplomatieke bescherming open.

Een staat is bovendien nooit verplicht om diplomatieke bescherming aan een onderdaan te verlenen. Een beslissing hieromtrent steunt op een belangenafweging. Enerzijds bestaat het gevaar dat een diplomatieke bescherming de internationale relaties zou vertroebelen. Anderzijds moet het nut en het waarschijnlijk gevolg, die een diplomatieke bescherming voor de onderdaan bezit, geapprecieerd worden. De verleende bescherming kan trouwens niet steeds het gewenste gevolg hebben; onderhandelingen kunnen spaak lopen of slechts tot een gedeeltelijke voldoening leiden; het Internationaal Gerechtshof kan zich onbevoegd verklaren om over het geschil te oordelen, enz.. De kans dat de staat niet internationaal-rechtelijk aansprakelijk gesteld zal worden, omdat de tot bescherming bevoegde staat kan weigeren om de diplomatieke bescherming te verlenen, mag de arbiter er niet van weerhouden om met een eventuele bescherming rekening te houden, wanneer deze bescherming op het ogenblik dat de arbiter beslecht een reële mogelijkheid uitmaakt.

244. Tenslotte is niet elke contractuele inbreuk vanwege de staat een inbreuk op zijn internationale verplichting, waarvoor diplomatieke bescherming verleend kan worden. Voor welke contractuele inbreuken is tevens diplomatieke bescherming mogelijk?

Het wordt traditioneel aanvaard dat de diplomatieke bescherming eigendomsrechten beschermt; en dit slechts in een geringe mate, nl. voorzover de staat een inbreuk tegen zijn volkenrechtelijke verplichtingen

(1) MANN, Brit. YB. Int. L. 1967, 36.

terzake pleegde (1). De staat heeft het recht eigendom van vreemdelingen te reglementeren en zelfs te ontnemen (2). Het internationaal recht plaatst enkel grenzen aan deze bevoegdheid : alhoewel de vreemdelingen niet in alle opzichten dezelfde rechten en plichten moeten bezitten als de eigen onderdanen, moeten zij in principe met de eigen onderdanen gelijkgesteld worden ; in elk geval moeten zij een minimum aan rechten genieten (minimum-standaard) (3). Zo kunnen zij slechts onteigend worden in het algemeen belang en mits een gerechte onteigningsprocedure ("due process of law") ; de onteigening mag geen discriminatoir karakter hebben ; zij moet gepaard gaan met een daadwerkelijke, aangepaste en vlugge schadeloosstelling (4). Zolang de staat zich bij de behandeling van eigendom en verworven rechten van buitenlanders aan deze minimale regels houdt, zou hij niet internationaal-rechtelijk aansprakelijk zijn, zodat elke diplomatieke bescherming zonder voorwerp zou zijn.

245. Kan de partij, die een handelsovereenkomst met een staat gesloten heeft, niet in een ruimere mate genieten van de diplomatieke bescherming, wanneer de staat een inbreuk op de overeenkomst pleegt ?

-
- (1) Zie bijv. AMMAN, U., Der Schutz ausländischer Investitionen in Entwicklungsländern aus völkerrechtlicher, volkswirtschaftlicher und betriebswirtschaftlicher Sicht, Zurich 1967 ; BOCKSTIEGEL, K.H., Die allgemeine Grundsätze des Völkerrechts über Eigentumsentziehung, Berlijn 1963 ; BORCHERS, Verträge von Staaten mit ausländischen Privatpersonen, 93-94 ; PETREN, S., La confiscation des biens étrangers et les réclamations internationales auxquelles elle peut donner lieu, 109 RdC (1963, II), 492-575 ; VERDROSS, 18 ZaöRV (1957), 636.
- (2) BOCKSTIEGEL, Der Staat, 171. Zie om het onderscheid tussen onteigening en reglementering, BORCHERS, Verträge von Staaten mit ausländischen Privatpersonen, 104.
- (3) Cfr. SUY, E., Volkenrecht, Leuven 1972, deel I, 120-123.
- (4) Zie bijv. BOCKSTIEGEL, Der Staat, 169-175 ; BORCHERS, Verträge von Staaten mit ausländischen Privatpersonen, 111-121 ; BERBER, F., Völkerrecht, deel I, München 1960, 399-401 ; DAHM, G., Völkerrecht, Stuttgart 1958, deel I, 513-520 ; SUY, E., o.c., 123-127 ; VERDROSS, A., Völkerrecht, Wenen 1964, 368 ; RENGELING, Privatvölkerrechtliche Verträge, 92.

Voor de "maximalisten" (1) is voor elke inbreuk tegen een recht, dat de buitenlandse persoon uit zijn overeenkomst met de staat put, diplomatieke bescherming mogelijk. Twee opvattingen laten immers toe om elke contractuele inbreuk eveneens als een internationaal-rechtelijk onrecht te bestempelen. Voor sommige auteurs dient het begrip "verworven rechten", waarvan de eerbiediging diplomatiek beschermd wordt, ruimer opgevat dan vermogensrechten : alle rechten die in geld waardeerbaar zijn - ook die uit een overeenkomst geput - worden beschermd (2). Voor anderen is elke inbreuk vanwege de staat tegen zijn overeenkomst met een buitenlandse persoon, tevens een schending van het volkenrechtelijke principe "pacta sunt servanda" (3). De internationale rechtspraak volgde de "maximalistische" opvatting niet (4).

- (1) Zie WEIL, 128 RdC (1969, III), 134-137.
- (2) BOCKSTIEGEL, Der Staat, 165-166 ; O'CONNELL, D.P., International Law, Londen 1965, 436-437 ; RENGELING, Privatvölkerrechtliche Verträge, 91. Zie voor de oudere rechtsleer AMERASINHE, C., State breaches of contracts with aliens and international law, 58 A.J.I.L., 881-913, 882, noot 6.
- (3) Zie bijv. I.L.A. Report of the 48th Conference, 159. Besluiten van Zwitserland in de zaak Losinger, PHIJ Series C. nr. 78, 32. Besluiten van Frankrijk in de zaak der Noorse Leningen, I.C.J. Pleadings, Oral Arguments, Documents, deel I, 34, 404 ; deel II, 61-63 ; 181-182. Besluiten van Groot-Britannië in de zaak der Anglo-Iranian Oil Co I.C.J. Pleadings, Oral Arguments, Documents, 78-79.
 Noteer tevens de opvatting, dat de diplomatieke bescherming mogelijk zou zijn tegen elke staat, die weigert de arbitrale uitspraak na te leven. Zie MANN, Brit. YB. Int. L. 1967, 30-31 ; de zaak der Société Commerciale de Belgique, P.H.I.J. 1939 Series A/B nr. 78, 21 bevestigde enkel dat de arbitrale uitspraak bindend was. België had evenwel meer gevraagd, nl. dat "le refus de l'exécution" (van de arbitrale uitspraak) een internationale onrechtmatige daad was, nl. "une méconnaissance des droits acquis par une société étrangère" en derhalve "une violation des principes de droit international" (Société commerciale de Belgique, P.H.I.J., 1939, Séries A/B nr. 78, 100). De staat, die na een langdurige arbitrage, zou weigeren zich aan de uitspraak te onderwerpen, zou zich schuldig kunnen maken aan de volkenrechtelijke inbreuk van rechtsmisbruik (MANN, Brit. YB. Int. L. 1967, 31).
- (4) Zie de samenvatting in BORCHERS, Verträge von Staaten mit ausländischen Privatpersonen, 99-100.

Voor sommige auteurs, de "minimalisten", kan diplomatieke bescherming daarentegen enkel verleend worden voor een inbreuk op vermogensrechten in de traditionele zin, niet op contractuele rechten (1). Bijgevolg is het enkel relevant of de staat vermogensrechten geschonden heeft op een wijze, die strijdig is met het internationaal recht ; hiervoor maakt het geen verschil uit of de staat door een handelsovereenkomst met de schadelijder verbonden is (2).

Talrijke auteurs houden het midden tussen "maximalisten" en "minimalisten" (3). Voor Bückstiegel beheersen normen van internationaal recht slechts enkele aspecten van de contractuele verhouding tussen een staat en een buitenlandse investeerder, nl. vooral de binding van de overeenkomst. Elke inbreuk vanwege de staat tegen deze normen van internationaal recht zou echter reden geven tot diplomatieke bescherming (4). Nwogugu bewandelt eveneens de middenweg. Hij erkent niet enkel dat diplomatieke bescherming mogelijk is indien de staat vermogensrechten schendt (bijv. inbreuk tegen verworven recht ; verrijking zonder oorzaak). Ook inbreuken vanwege de staat tegen zijn overeenkomst kunnen tot diplomatieke bescherming leiden, vermits de staat zijn overeenkomsten immers moet eerbiedigen en in goede trouw uitvoeren (5). Het is evenwel niet de overeenkomst zelf, maar de "proper law", het recht dat de overeenkomst beheerst, die bepaalt of de staat een inbreuk op de overeenkomst pleegde. Indien het nationaal recht van de staat evenwel de "proper law" der overeenkomst is, zal de staat

-
- (1) Zie WEIL, 128 RdC (1969, III), 137-139. Zie bijv. MANN, 54 A.J.I.L. (1960), 582 ; WENGLER, RGDIP 1972, 324-326, 352. Weliswaar zou, volgens Wengler, de diplomatieke bescherming ingeroepen kunnen worden wanneer de staat door oneerlijke praktijken een schijntoestand heeft afgespiegeld en aldus investeringen heeft aangetrokken (p. 328-329).
 - (2) Zie bijv. WEIL, 128 RdC (1969, III), 151-152 ; BOURQUIN, Protection of foreign private investments, 109.
 - (3) Zie bijv. BORCHERS, Verträge von Staaten mit ausländischen Privatpersonen, 104 ; GARCIA AMA DOR, F., Ann. C.D.I. 1959, II, 14 ; MANN, 54 A.J.I.L. (1960), 580 ; ROLIN, H., Ann. I.D.I. 1952, II, 313 ; WEIL, 128 RdC (1969, III), 141-142. Zie tevens supra.
 - (4) BOCKSTIEGEL, Der Staat, 178, 364-366.
 - (5) NWOGUGU, Foreign investment in developing countries, 181-185.

zijn contractuele verplichtingen niet vlug schenden daar een wetswijziging hem zou toelaten om tegen de contractuele bedingen in te handelen. Indien daarentegen het internationaal recht of de algemene rechtsbeginselen de "proper law" zijn kunnen latere wetswijzigingen van het nationaal recht van de staat de contractuele bedingen niet ontkrachten (1). Ook Weil kleeft een tussenoplossing aan. Sommige inbreuken op de overeenkomst zijn uit zichzelf voor de staat internationaal-rechtelijke delicten die tot diplomatieke bescherming aanleiding kunnen geven omdat zij tegen internationaal-rechtelijke normen indruisen. Weil is bijgevolg geen "maximalist" ; niet elke contractuele inbreuk wordt internationaal-rechtelijk beschermd. De normen van internationaal recht, waarvan de inbreuk getoetst wordt, zijn evenwel dezelfde als deze volgens welke de handelsarbitrator, die het internationaal recht op het geschil toepast, dient te oordelen (2).

B. Overkoepelende verdragen

246. Soms verleent een overkoepelend verdrag (umbrella agreement, traité de couverture, Abschirmvertrag) internationaal-rechtelijke bescherming aan een overeenkomst tussen een buitenlandse investeerder en een staat (3). Door dergelijk overkoepelend verdrag verbinden twee staten zich krachtens het internationaal recht om de investeringsovereenkomsten te eerbiedigen, die zij met elkaars onderdanen sluiten, en garanderen zij zekere rechten aan deze investeerders. Dank zij het overkoepelend verdrag kan de staat van de investeerder de staat, die de inbreuk op de investeringsovereenkomst pleegde, rechtstreeks interna-

(1) NWOGUGU, Foreign investment in developing countries, 186-189.

(2) WEIL, 128 RdC (1969, III), 142-147, 157-158, 190.

(3) Zie BOCKSTIEGEL, Der Staat, 146-164 ; SUY, De contracten tussen ontwikkelingslanden en vreemde investeerders, 994-995 ; WEIL, 128 RdC (1969, III), 124, 130-132 ; WENGLER, RGDIP 1972, 337-338. Zie tevens arrest inzake de Barcelona Traction, I.C.J. Reports of Judgments, advisory opinions and orders, 1970, 47.

tionaal-rechtelijk aansprakelijk stellen voor een feit, dat terzelfdertijd een inbreuk op het overkoepelend verdrag en een schending van de investeringsovereenkomst is. De staat kan deze aangelegenheid bijvoorbeeld aan het Internationaal Gerechtshof voorleggen (1).

De bescherming, die het overkoepelend verdrag biedt, staat naast deze der arbitrage. De handelsarbiters blijven bevoegd om het geschil tussen de investeerder en de staat-medecontractant te beslechten ; de arbiters beoordelen enkel de inbreuk op de overeenkomst. Anderzijds kunnen enkel staten, niet een investeerder, partij zijn tot de procedure over het overkoepelend verdrag; hier rijst de vraag of een staat het overkoepelend verdrag met de andere staat - en niet de overeenkomst met de investeerder - schond. Derhalve is de investeerder nooit zeker dat de waarborg, die het overkoepelend verdrag hem lijkt te bieden, tot een daadwerkelijke internationaal-rechtelijke bescherming zal leiden vermits zijn staat niet verplicht is een vordering wegens schending van het overkoepelend verdrag in te stellen.

C. Het Centrum voor Beslechting van Investeringsgeschillen

247. Uit de voorbereidende werken der Wereldbank-conventie blijkt dat het de bedoeling van de ontwerpers was dat de arbitrage, die in de schoot van het Centrum voor Beslechting van Investeringsgeschillen plaats grijpt, de investeerder een bescherming zou bieden die analoog was met deze van de diplomatieke bescherming of van het overkoepelend verdrag.

De arbiters zouden op het geschil mede de normen van internationaal recht kunnen aanwenden, die de staat van de investeerder in het kader van een diplomatieke bescherming zou inroepen (2). De internationaal-

(1) BOCKSTIEGEL, Der Staat, 271-272.

(2) Documents, deel II, nr. 25, 259 ; "This implied that the investor would have the same right as his Gouvernement would have had if it had come before the Tribunal on his behalf". Zie tevens, deel II, nr. 29, 419-421 ; LAUTERPACHT, Recueil Guggenheim, 661 ; BROCHES, 136 RdC (1972, II), 392 ; GOLDMAN, Le droit applicable selon la convention de la B.I.R.D., 150. Zie tevens nrs. 244-245.

rechtelijke normen inzake gelijkbehandeling van buitenlanders en inzake de eerbiediging van eigendomsrechten kunnen derhalve voor de arbiters van het Centrum relevant zijn (1). Noch in het verdrag, dat de arbitrage bij het Centrum invoert, noch in de voorbereidende werken, hebben de opstellers rechtstheoretisch gestaafd hoe een private persoon rechtsnormen kan inroepen waarop normaliter enkel zijn staat een beroep kan doen in het kader van de diplomatieke bescherming. De arbiters van het Centrum zouden tevens rekening kunnen houden met overkoepelende verdragen, ook al werden deze niet gesloten met de investeerder, partij tot het geschil (2). De Wereldbank-conventie, noch de voorbereidende werken verklaren hoe een private persoon rechten kan putten uit een verdrag waarvan hij geen partij was. Men kan eventueel stellen dat deze overkoepelende verdragen "self-executing" zijn, nl. rechtstreeks rechten toekennen aan de private persoon. Men kan eveneens beweren dat deze verdragen a.h.w. een beding ten gunste van derden inhouden waaruit de onderdaan, die erdoor beschermd wordt, rechten put.

Gentinetta maakt het mogelijk om de vraag, hoe de arbiters van het Centrum normen voor de diplomatieke bescherming of uit overkoepelende verdragen kunnen toepassen, anders te benaderen. De Wereldbank-conventie, die de arbitrage van het Centrum in het leven riep, bepaalde dat de arbiters het internationaal recht kunnen aanwenden. Uit de voorbereidende werken blijkt dat hierdoor ook de normen, aangewend bij de diplomatieke bescherming en de normen uit overkoepelende verdragen bedoeld werden. Om Gentinetta's woorden te gebruiken is de Wereldbank-conventie de "Co-creator" van de arbitrage en geeft zij aan de arbiters de impliciete richtlijn om de normen, aangewend bij de diplomatieke bescherming en de normen uit overkoepelende verdragen aan te wenden. De arbiters van het Centrum kunnen bijgevolg met deze normen rekening houden omdat zij voor het Centrum "lex fori" zijn (3).

(1) Documents, deel II, nr. 29, 419-421.

(2) BROCHES, 136 RdC (1972, II), 392. Documents, deel II, nr. 132, 984.

(3) GENTINETTA, Lex Fori, 107-111.

Een bevoegdheidsprobleem bestaat echter voor de arbiter die de staat-medecontractant wil oordelen naar zijn internationaal-rechtelijke aansprakelijkheid. De arbiter is doorgaans bevoegd om geschillen te beslechten die uit de overeenkomst ontstonden. De arbiter, die enkel geschillen inzake overeenkomst mag beslechten, mag het gedrag van de staat-medecontractant enkel aan de overeenkomst en aan het recht, dat hierop aanwendbaar is, toetsen naar de contractuele aansprakelijkheid; niet aan normen van internationaal recht toetsen naar de internationaal-rechtelijke aansprakelijkheid. Slechts wanneer de partijen akkoord zouden gaan dat de arbiter de staat ook mag beoordelen naar de internationaal-rechtelijke aansprakelijkheid of indien deze tevens een contractuele aansprakelijkheid teweegbrengt, zou de arbiter bevoegd zijn om te oordelen zoals de internationaal-rechtelijke bescherming dit met zich meebrengt.

Het is bijgevolg aan te raden dat de partijen met het oog op een beslechting door het Centrum in de overeenkomst bedingen dat de staat-medecontractant zich ertoe verplicht niet te onteigenen, het recht niet te wijzigen, enz.... Slechts dank zij dergelijk beding zou een feit, dat tot internationaal-rechtelijke aansprakelijkheid aanleiding geeft, binnen de arbitrale beslechtingssfeer komen, nl. eveneens een contractuele aansprakelijkheid veroorzaken (1). Slechts in deze omstandigheden kan het Centrum de investeerder ten volle de bescherming bieden waarvoor het in het leven geroepen werd.

(1) Documents, (deel II, nr. 29, 405-406; deel II, nr. 31, 502. Bij de uiteindelijke stemming in het Legal Committee leek men zich van dit bevoegdheidsprobleem niet bewust, deel II, nr. 81, 804).

HOOFDSTUK VII

VAN TOPOS NAAR SYSTEEM

248. De handelsarbitert vertrekt van een economisch geschil dat de partijen hem voorleggen omdat het hun handelsrelatie stoort. Dit geschil wordt met het oog op de arbitrale beslechting in juridische vormen gegoten en tot rechtsgeschil vervormd. De beslechting van dit rechtsgeschil wordt afhankelijk gesteld van het beantwoorden van een rechtsvraag. De partijen en arbiters distilleren deze rechtsvraag uit het geschil. De probleemstelling - het formuleren der rechtsvraag - veronderstelt evenwel dat partijen en arbiters algemeen-aanvaarde rechtsbegrippen en -principen voor ogen hebben (1). Uiteraard kan ook het antwoord op de rechtsvraag niet buiten rechtsbegrippen en -principen.

De rechtsbegrippen en -principen, die de arbiter aanwendt, kan men - met Viehweg - juridische "topoi", nl. onsamenvangende vuistregels, noemen. Billijkheid, contractuele bedingen, handelsgebruiken, algemene rechtsbeginselen leveren dergelijke "topoi", waarmee het geschil beslecht kan worden.

Voor de arbiter, die het geschil tussen partijen wil oplossen, maakt het weinig verschil uit waar hij deze "topoi" haalt (3). Het volstaat

-
- (1) Zie LARENZ, K., Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlijn 1969, 151-153, 233-253.
 - (2) VIEHWEG, T., Topik und Jurisprudenz, München 1969.
 - (3) "Woher aber die Schiedsrichter die Beurteilungsgrundlagen beziehen, was für Rechtsquellen sie verwenden, ob sie Vertragsbestimmungen selbst, oder internationale Handelsbräuche, oder internationale Normen oder allgemeine Rechtsgrundsätze oder ein für den konkreten Streitfall geeignetes nationales Recht benützen, ist ihnen grundsätzlich gleichgültig" (KAISER, Das europäische Übereinkommen, 149).

hem dat hij aan de hand van billijkheid, van contractuele bedingen, van handelsgebruiken, van algemene rechtsbeginselen het geschil kan oplossen, wat hem veelal lukt (1).

In andere gevallen is het niet voldoende wanneer de arbiter enkel op zoek gaat naar "topoi". Meerdere "topoi" kunnen immers relevant zijn maar tot verschillende oplossingen leiden. Voor de arbiter wordt het slechts duidelijk welke "topos" hij moet aanwenden, indien hij deze kan situeren in een rechtssysteem, waarin de onderlinge hiërarchie en de relatieve gelding der "topoi" naar voren komt (2). Het is ook mogelijk dat de arbiter de "topoi" van bij de aanvang af uit een rechtssysteem wil putten.

De volgende krachtlijnen komen uit een onderzoek der arbitrale uitspraken naar voren.

- Juristen -arbiters zullen zich vlugger aan een rechtssysteem binden dan niet-juristen (3).
- Van de juristen lijken de rechtstheoretici meer systeemgebonden dan de rechtspractici.
- Onder de arbitrage-instellingen zijn de arbiters van de Arbitrale Commissies der Kamers van Buitenlandse Handel der Oostblok-landen (4) eerder systeemgebonden dan de bedrijfssectoriële arbitrage-instellingen

-
- (1) Interessant is het ontwerp van I.K.K. nr. 1484, waarin in de passage : "Nous, Arbitres, ... statuant conformément au droit français, aux règles générales du droit et aux dispositions du Règlement", de woorden "droit français" geschrapt werden met de opmerking in de marge : "Pourquoi ?" a-t-il été appliqué ? Non, alors suppression !".
 - (2) LARENZ, K., o.c., 155 ; VIEHWEG, T., o.c., 60-63.
 - (3) Bijv. KRAFZIK (Spruchpraxis, 71-72, vermeldt dat de Hamburgse graanarbiters, niet-juristen maar handelaars, eerder naar de handelsgebruiken grijpen terwijl de Hamburgse wol-arbiters, met een jurist als voorzitter, doorgaans de beslechtingsnormen in een rechtssysteem situeren.
 - (4) Zie evenwel KING SMITH, 10 Harv. Int. L. J. (1969), 79 ; VARADY, Jug. Rev. Med. Pravo 1970, 350.

en zelfs dan de Internationale Kamer van Koophandel (1).

Hoe de arbiter, die systeemgebonden wil of moet zijn, het rechtssysteem kan kiezen waaruit hij de relevante beslechttingsnormen kan putten, is in het volgende deel aan de orde.

(1) Weliswaar beslissen de arbiters in talrijke I.K.K.-uitspraken volgens welk recht zij zullen beslissen. Dit gebeurt soms in een tussen-uitspraak (bijv. I.K.K. nr. 1930). De meeste beslechtingen zijn echter niet systeemgebonden.

DEEL III

DE KEUZE VAN HET RECHTSSYSTEEM

	pag.
<u>DEEL III : DE KEUZE VAN HET RECHTSSYSTEEM</u>	396
<u>Hoofdstuk I : De rechtsaanduiding door partijen</u>	399
§ 1. Rechtsaanduiding en de contractuele grondslag van de arbitrage	400
§ 2. Rechtsaanduiding bij de jurisdictioneel opgevatte arbitrage	410
§ 3. Impliciete en hypothetische rechtsaanduiding	421
§ 4. "Qui elegit arbitrum, elegit ius" ?	426
<u>Hoofdstuk II : Rechtskeuze door de arbiters : de arbitrale kiesregels</u>	442
§ 1. De overname van een nationaal i.p.r.	445
A. Theoretische alternatieven	445
1. Het i.p.r. door de partijen aangeduid of het i.p.r. der "lex contractus"	446
2. Het i.p.r. dat de arbiters eigen is of dat door het arbitragereglement werd aangeduid	447
3. Het i.p.r. van de overwegende partij	449
4. Het i.p.r. van de bevoegde rechter	450
5. Het i.p.r. van de zetel	451
6. Het i.p.r. van de "loi de l'arbitrage"	458
7. Besluit	460
B. Arbitrale casuïstiek : het nationale i.p.r. voor de gelocaliseerde arbitrage	460
1. Het Centrum voor Beslechting van Investeringsgeschillen	460
2. De arbitrage-commissies der Oostblok-landen	464
3. De nationale arbitrage-instellingen	470
4. Arbitrage der Internationale Kamer van Koophandel	471
5. "Ad hoc"-arbitrage	476
§ 2. De creatie van eigen kiesregels	478
A. De normatieve waarde van de kiesregel, door de arbiter verwoord	480
B. Richtlijnen bij het vinden van arbitrale kiesregels en casuïstiek	486

	pag.
1. Het streven naar een internationale harmonie	498
2. De zorg voor de doeltreffendheid der uitspraak	504
3. Het bereiken van een interne harmonie	506
4. De eerbiediging van het doel der wetten	510
5. Het streven naar een politiek belang	516
6. De openbare orde	517
C. Een systeem van arbitrale kiesregels ?	521

*

* *

Samenvatting en stellingen	526
Beknopte bibliografie	538

249. Veelal, zo bleek uit het vorige deel, volstaan contractuele be-
dingen, handelsgebruiken en algemene rechtsbeginselen als arbitrale
beslechtingsnormen. De arbiter kan evenwel verkiezen of ertoe gedwon-
gen worden om deze beslechtingsnormen in een nationaal rechtssysteem
of in het internationaal rechtssysteem te situeren of om een wetsnorm
of rechtsbeginsel uit dergelijk rechtssysteem te putten. Voor de
transnationale handelsarbiter is de keuze van dit rechtssysteem geen
gemakkelijke taak. Het voorgelegde geschil of zijn beslechting raakt
immers verscheidene rechtssystemen, die elk als normenbron in aanmer-
king kunnen komen.

250. Voor de keuze van dit rechtssysteem kan de transnationale handels-
arbiter te rade gaan bij arbitrale precedents, bij rechterlijke uit-
spraken en bij rechtsgeleerde opvattingen. Deze drie elementen helpen
hem echter slechts in een beperkte mate.

Vroegere arbitrale uitspraken huldigen uiteenlopende principen van
rechtskeuze. De arbiter kan zijn kiesregel bijgevolg niet volledig
op precedents steunen. Arbitrale uitspraken, waarin arbiters in ana-
loge omstandigheden een kiesregel formuleerden, kunnen de arbiter en-
kel in zijn verwoording van de relevante kiesregel staven.

De transnationale handelsarbiter kan zich voor de rechtskeuze ook la-
ten leiden door het i.p.r. (internationaal privaatrecht), dat de rech-
ter aanwendt. Dit i.p.r. bevat immers een geordend geheel van de
kiesregels, die de rechter toepast. Tegen deze oplossing rijst een
praktisch bezwaar. Het i.p.r. is, ondanks zijn benaming, nationaal
en geen internationaal recht. Het verschilt enigszins van de ene tot
de andere rechtsorde. Welk i.p.r. moet dan gevolgd worden bij een
transnationale handelsarbitrage, die door de partijen, arbiters en
plaats der arbitrage banden heeft met verscheidene rechtssystemen ?

Bovendien kan de arbiter niet zonder meer gelijkgeschakeld worden met de rechter. De arbiter werd niet door de staat met openbaar gezag bekleed om de naleving af te dwingen van het rechtssysteem van die staat ; hij beslecht krachtens opdracht van de partijen. Is hij dan ambtshalve gebonden aan het foraal recht (inclusief het foraal i.p.r.) (1) ?

De rechtsleer belicht de eigenheid van de transnationale handelsarbitrage en erkent dat de arbitrale rechtskeuze een eigen problematiek heeft. De auteurs hebben echter vooral arbitrages zoals deze der I.K.K. of zoals de Aramco- of Sapphire-arbitrages voor ogen, nl. waarin de anationale dimensie ten volle ontplooid is (2). Hiernaast bestaan evenwel talloze arbitrage-instellingen met een uitgesproken nationale structuur welke ook - zij het minder spectaculaire - transnationale geschillen beslechten. Bij een onderzoek naar de arbitrale rechtskeuze dienen ook deze instellingen, die te weinig de aandacht der auteurs genieten, betrokken te worden.

251. De houding van auteurs en arbiters wordt gekleurd door hun visie op de arbitrage, nl. hun kijk op de contractuele of jurisdictionele aard der arbitrage enerzijds (3) en op de nationaliteit, anationaliteit of internationaliteit van de arbitrage anderzijds (4). De auteur of arbiter, die de arbitrage als een anationaal of internationaal gebeuren beschouwt, stelt bijv. veelal haar contractuele grondslag op de voorgrond. Wie de arbitrage in een bepaalde staat localiseert, heeft vaak tevens oog voor haar jurisdictionele dimensie. De spanning

(1) Elk recht lijkt voor de arbiter vreemd recht ; hij heeft geen "lex fori" zoals de rechter dit kent. Zie CURRIE, The desinterested third state, 28 Law & Contemporary Problems (1968), 785 ; GENTINETTA, Lex Fori, 80, 206 ; LALIVE, 120 RdC (1967, 1), 598 ; SCHLESINGER & GUNDISCH, 28 RabelsZ. (1964), 6.

(2) Zie DERRAINS, Rev. Arb. 1973, 122-149 ; FOUCHARD, Arbitrage ; GOLDMAN, 109 RdC (1963, II), 347-485.

(3) Zie nr. 33.

(4) Zie nrs. 78-89 ; 125-130.

tussen nationale, anationale en internationale arbitrage of tussen de contractuele en jurisdictionele aard der arbitrage heeft niet enkel een theoretische betekenis. Zij krijgt gestalte bij de concrete rechtskeuze door een bepaalde arbitrage-instelling of "ad hoc"-arbiter. De plaats, waar auteur of arbiter de arbitrage plaatst in dit spanningsveld, bepaalt zijn principen inzake de arbitrale rechtskeuze.

252. Voor een schip zijn bakens slechts relevant bij het varen van een vooraf uitgestippelde koers, die aangepast is aan de kenmerken van het schip ; er wordt geen rekening gehouden met bakens, die voor het varen van deze koers niet dienstig zijn. Zo ook zal de transnationale handelsarbiter geen rekening kunnen houden met alle arbitrale precedënten van rechtskeuze en met alle rechterlijke en rechtsgeleerde opvattingen terzake. Hij zal zich enkel laten leiden door de principen inzake rechtskeuze, die nuttig zijn om het doel, dat aan de beslechting gesteld werd, te bereiken en die tevens aangepast zijn aan de soort arbitrage, waarin hij zetelt.

De keuze van het rechtssysteem, waaruit de beslechtingsnormen geput zullen worden, geschiedt aan de hand van kiesregels. Dit deel wil niet alleen de kiesregels vermelden die auteurs en arbiters tot nog toe hebben gebruikt. Het tracht tevens een model te schetsen, dat aansluit bij bestaande systemen van i.p.r., bij de arbitrale precedënten en bij de rechtsleer en dat zowel voor de anationale "ad hoc"-arbitrage als voor de nationaal opgezette arbitrage-instelling geldt.

HOOFDSTUK I

DE RECHTSAANDUIDING DOOR PARTIJEN

253. Partijen duiden soms het recht aan dat zij als bron voor beslechtingsnormen beschouwen, wanneer meerdere rechtssystemen voor aanwending in aanmerking komen (1). De keerzijde van deze rechtsaanduiding is dat partijen de andere rechtssystemen zoveel mogelijk willen uitsluiten als normenbron.

In welke mate moet de arbiter dit aangeduide recht als normenbron aanwenden? M.a.w. in welke mate is de rechtsaanduiding van partijen een arbitrale kiesregel?

254. Hoezeer de arbiter aan het aangeduide recht gebonden is, hangt af van het hoofdkenmerk dat men de arbitrale beslechting toeschrijft.

Men kan de arbiter in het algemeen - of in het licht van de structuur van een gegeven arbitrale beslechting - beschouwen als een contractuele beslechter, die het geschil moet beoordelen zoals de partijen bedoelen. Bijgevolg behoort het dan mede tot de contractuele taak van de arbiter om te beslechten volgens de rechtsnormen, die de partijen contractueel-geldig hebben aangeduid. Bij een contractuele opvatting van de arbitrage heeft derhalve ook de kiesregel van de rechtsaanduiding een contractuele grondslag (§ 1). Men kan er evenwel in het algemeen - of in het licht van de structuur van een gegeven arbitrale beslechting - van overtuigd zijn dat de arbiter in het algemeen - of in casu - is zoals een rechter. In dit geval treedt het jurisdictioneel aspect van de arbitrage op de voorgrond. Zoals de rechter mag de arbiter dan de rechtsaanduiding van de partijen enkel involgen in de mate dit toegelaten is door het i.p.r., dat ook de rechter aanwendt om recht te kiezen (§ 2).

(1) Zie nrs. 190, 212, 238.

De arbitrage, als abstracte rechtsfiguur, kan verklaard worden door haar contractuele grondslag (1). Ook bij de meeste beslechtsstructuren van de transnationale handelsarbitrage wegen de contractuele en anationale of internationale dimensies zwaarder door dan de jurisdictionele en nationale dimensies. Derhalve zou de rechtsaanduiding bij de transnationale handelsarbitrage m.i. in principe contractueel moeten benaderd worden (cfr. § 1). Bepaalde arbitrale beslechtsstructuren (bijv. deze der Arbitrage-commissies van de Oostblok-landen) zijn evenwel uitgesproken jurisdictioneel en nationaal. Voor deze arbitrages zou de rechtsaanduiding jurisdictioneel opgevat moeten worden (cfr. § 2). Partijen duiden een recht echter niet steeds in uitdrukkelijke bewoordingen aan. Het is evenwel niet omdat kiesregels van een nationaal i.p.r. partijen een stilzwijgende of vermoede rechtsaanduiding in de mond leggen, dat men in dat geval staat tegenover een werkelijke rechtsaanduiding vanwege de partijen (§ 3). Kan men bijv. uit de aanstelling van de arbiter of van een arbitrale zetel een keuze van recht afleiden volgens het adagium "qui elegit arbitrum, elegit ius" (§ 4) ?

§ 1. Rechtsaanduiding en de contractuele grondslag van de arbitrage

255. De arbitrage heeft een contractuele grondslag (2). Bij de meeste transnationale handelsarbitrages lijkt het feit, dat partijen en arbiters, uit verschillende rechtssystemen afkomstig, over een arbitrale beslechting akkoord gaan, trouwens veel belangrijker dan de toevalligheid dat dergelijke arbitrage noodzakelijkerwijze moet plaatsgrijpen in een land, waarvan de rechter een voogdij over de arbitrage kan uitoefenen. Wie oog heeft voor dit contractuele aspect van de arbitrage moet besluiten dat, wanneer partijen de arbitrage als beslechttingsvorm kunnen kiezen, zij tevens het aan te wenden recht moeten kunnen aanduiden (3). De arbiters, die van de partijen de

(1) Zie bijv. nrs. 33 e.v. ; 116-131.

(2) Zie nrs. 33 e.v. ; 116-131.

(3) Zie GOLDMAN, 109 RdC (1963, II), 389.

contractuele taak kregen om te beslechten, moeten zich bij de beslechting zoveel mogelijk schikken naar de richtlijnen, die de partijen hen gaven.

"Attendu que le tribunal arbitral tire de l'acte de mission l'entier de ses pouvoirs et de sa compétence et qu'au contraire d'un tribunal de l'ordre judiciaire, il est lié par la volonté des parties, lorsque celles-ci s'expriment de façon concordante" (1).

Voor de arbiter, die de contractuele grondslag der arbitrage in al zijn consequenties aanvaardt, is de rechtsaanduiding van de partijen een universele en autonome kiesregel van de arbiter (2). Deze opvatting wordt bevestigd door de twee arbitrageverdragen, die over rechtsaanduiding handelen, vooraleer andere kiesregels ter sprake komen :

"De partijen zijn vrij te bepalen welk recht de scheidslieden moeten toepassen t.a.v. de grond van het geschil" (3).

"Het Scheidsgerecht beslist over een geschil in overeenstemming met zodanige rechtsregels als door partijen zal zijn overeengekomen" (4).

Ook de arbitragereglementen van instellingen, die naar anationaliteit of internationaliteit streven, vermelden uitdrukkelijk de rechtsaanduiding als eerste arbitrale kiesregel.

(2) FOUCARD, Arbitrage, nr. 537 ; GOLDMAN, 109 RdC (1963, II), 389 ; LALIVE, 120 RdC (1967, I), 649. Zelfs JAKUBOWSKI, Choice - of - law clauses in arbitration agreements, 7 mbt. de rechtskeuze bij de Arbitrage-commissies waar het jurisdictionele aspect primeert.

(1) I.K.K. nr. 1581.

(3) Europees Verdrag, art. VII. Voor GOLDMAN, 109 RdC (1963, II), 448 zou de rechtsoptie, die de normaliter toepasbare wet zou ontduiken, niet gevolgd moeten worden.

(4) Wereldbank-conventie, art. 42. PIRRUNG, Schiedsgerichtsbarkeit nach dem Weltbankübereinkommen, 153 meent evenwel dat de secundaire regel van art. 42, waardoor het i.p.r. van de staat-medecontractant van toepassing wordt, insluit dat dit i.p.r. ook gevolgen moet toekennen aan de rechtsoptie. Deze opvatting is m.i. onverenigbaar met het streven van de Wereldbank-conventie naar onafhankelijkheid van de controle vanwege de staat-medecontractant.

"Les parties sont libres de déterminer le droit que l'arbitre devra appliquer au fond du litige" (1).

"The arbitrator's award shall be based upon the law as determined by the parties for the substance of the dispute" (2).

"The arbitrators shall apply the law expressly designated by the parties as applicable to their contract" (3).

Deze rechtsaanduiding verloochent, zoals zal blijken, haar contractuele grondslag niet.

256. De rechtsaanduiding kan alleen als kiesregel fungeren wanneer partijen werkelijk akkoord waren nopens de toepassing van het aangeduide recht. Zo lijkt een aanwijzing van recht, tot stand gekomen omdat één der partijen de andere nopens de inhoud van dit recht be droog, geen geldige rechtsaanduiding. Ook een rechtsaanduiding in algemene voorwaarden, die sluiks opgedrongen werden, steunt niet op een werkelijk akkoord tussen partijen (4).

Dat een akkoord niet steeds duidelijk aanwezig is, wordt geïllustreerd door een uitspraak van de I.K.K., waarin de arbiters moesten oordelen of partijen het Duits recht hadden aangeduid (5). Het betrof een contract tussen een Duitse onderneming en een Pakistaanse firma, waarin uitdrukkelijk gekozen werd voor arbitrage door de I.K.K., zonder dat een recht aangeduid werd. Naast het contract golden evenwel ook de algemene voorwaarden der Duitse onderneming, waarvan een clause bepaalde dat de Duitse rechter bevoegd was en dat het contract door Duitse recht werd geregeerd. Het werd niet betwist dat het arbitrage-beding van het contract de clause der algemene voorwaarden, waardoor de Duitse rechter aangeduid werd, terzijde stelde. De vraag was echter of het arbitrage-beding ook het tweede deel van deze clause, nl. de aanwijzing van het Duitse recht, verdrong. De arbiters meenden dat in deze clause de aanwijzing van Duits recht met de bevoegdheid van

(1) I.K.K. arbitragereglement, art. 13, lid 3.

(2) E.C.E.-reglement art. 38.

(3) UNCITRAL-ontwerp, art. 27.

(4) Cfr. nr. 155. Zie evenwel I.K.K. nr. 2217 waarin het arbitrage-beding en de rechtsaanduiding, vermeld in de algemene voorwaarden van de E.C.E. welke gevoegd waren bij het aanbod, voorrang hadden op een beding, vermeld in de aanvaarding.

(5) I.K.K. nr. 1569, eveneens geciteerd door DERAINS, Rev. Arb. 1973, 135-136.

de Duitse rechter verbonden was. Het arbitrage-beding ontkrachte derhalve niet alleen de bevoegdheidsbepaling, maar ook de rechtsaanwijzing. Bovendien, zo oordeelden de arbiters, bevatten de algemene voorwaarden niet alleen een clause mbt. de rechterlijke bevoegdheid en de aanduiding van Duits recht, maar - als een in casu uitgesloten alternatief - tevens een clause met een arbitrage-beding zonder aanwijzing van recht. Indien Duits recht eveneens in het geval van arbitrage aangewend moest worden, zouden de algemene voorwaarden dit niet enkel vermeld hebben in de clause, die de Duitse rechter aanwees, maar ook in de alternatieve clause, waarin arbitrage vermeld werd. Bijgevolg meenden de arbiters dat het Duits recht niet aangeduid was.

257. Het akkoord van rechtsaanduiding moet bovendien in rechte geldig zijn.

Het akkoord tussen partijen nopens het aan te wenden recht kan op verscheidene ogenblikken tot stand komen. Vaak duiden de partijen meteen in hun transnationale handelsovereenkomst aan welk recht hierop van toepassing is. Nadat een geschil over deze overeenkomst gerezen is, kunnen zij echter ook in de overeenkomst tot arbitrage (1), of zelfs nog vóór de arbiters (2), het recht aanduiden. De geldigheid van dit akkoord wordt verschillend beoordeeld alnaar het ogenblik waarop dit akkoord ontstond of voor het laatst bevestigd werd.

Enerzijds moet het recht, dat partijen bij het sluiten van de litigieuze overeenkomst aanduiden, de normen leveren, die deze rechtsverhouding regeert. Anderzijds moet het recht, dat de partijen aanduiden in de overeenkomst tot arbitrage of vóór de arbiters, als "beslissingsrecht" de normen leveren voor de beslechting van het geschil, dat gerezen is uit de litigieuze overeenkomst. Alhoewel het recht, dat

(1) Bijv. I.K.K. nrs. 2444, 2520. Zie tevens nrs. 189-190.

(2) Bijv. I.K.K. nrs. 1784, 2262, 2290. Ook Turriff t. Soedan, N.T.I.R. 1970, 221 ; Alsing t. Griekse Staat (onder voorbehoud om later op dit akkoord terug te komen), 23 I.L.R. 636 ; "ad hoc"-arbitrage 1966. ("Dat arbiter Nederlands recht van toepassing zullen achten ... omdat partijen, die hierin de vrijheid van beslissing hebben, zulks hebben gekozen, naar zij bij monde van haar raadslieden ter zitting voor arbiters hebben verklaard."), Arbitrale Rechtspraak, 1969, 225.

de overeenkomst regeert, meestal ook het beslissingsrecht levert, is het niet uitgesloten dat de normen van het recht, dat de overeenkomst bij de sluiting regeert, moeten wijken voor de beslechtingsnormen, die de partijen nadien aanduiden (1).

258. De rechtsaanduiding kan geschieden in de litigieuze overeenkomst ; - en niet meer herhaald worden in de overeenkomst tot arbitrage of vóór de arbiters. In dit geval hebben de partijen geen beslissingsrecht aangeduid, maar enkel het recht dat de overeenkomst regeert. Normalerweise levert dit recht ook de beslechtingsnormen. Het is evenwel niet uitgesloten dat één der partijen nadien, vóór de arbiters, ontkent dat het aangeduide recht de overeenkomst regeert (en bijgevolg de beslechtingsnormen levert). De arbiters moeten dan onderzoeken welk gevolg zij dienen toe te kennen aan de aanduiding in de litigieuze overeenkomst van het recht dat deze overeenkomst regeert. Hiervoor moeten zij de rechtsaanduiding toetsen aan de kiesregels, welke in het volgend hoofdstuk besproken worden. Het is immers door de kiesregels dat de arbiter het rechtssysteem kan kiezen dat een rechtsverhouding regeert ; het is bijgevolg ook door deze kiesregels dat een arbiter kan nagaan of de partijen geldig het recht hebben aangeduid dat de overeenkomst regeert. Enkel wanneer de kiesregels de partijen toelaten om het recht, dat de overeenkomst regeert, aan te duiden, mogen de arbiters - zoals uit de volgende paragraaf zal blijken - de normen van dit recht als beslechtingsnormen toepassen.

In een overeenkomst tussen een Franse licentiegever en een Engelse licentiehouder werd het Engels recht aangeduid. Noch in de overeenkomst tot arbitrage, noch vóór de arbiters, herhaalden de partijen deze aanduiding. Vóór de arbiter betwistte de Franse partij integendeel dat het Engelse recht omwille van de gedane rechtsaanduiding de overeenkomst regeerde ; deze rechtsaanduiding leek haar slechts een

(1) Zie bijv. DEELEN, Rechtskeuze, 218-220 ; DELAUME, Transnational Contracts, § 2. 04 ; KOLLEWIJN, R., Rechtskeuze achteraf ?, N.T.I.R. 1964, 225-243 ; TOMASZEWSKI, M., La désignation postérieure à la conclusion du contrat de la loi qui la régit, R.C.D.I.P. 1972, 567-601.

localisatie-element, dat in de richting van het Engelse recht wees. De plaats van uitvoering had daarentegen geen localisatiewaarde (de overeenkomst diende uitgevoerd van Zuid-Amerika tot de U.S.S.R. en het Verre Oosten). Er was evenwel een ander localisatie-element : de overeenkomsten was in Frankrijk gesloten. De Franse licentiegever beweerde dat het Franse recht de overeenkomst regeerde omdat de plaats van sluiting een belangrijker localisatie-element was dan de rechtsaanduiding. De arbiter wees deze stelling af. Belangrijk is echter dat hij dit deed door aan te tonen dat de kiesregels van het Franse i.p.r. stelden dat het aangeduide recht de overeenkomst regeerde (1).

De arbiter was evenwel minder goed te volgen waar hij onderzocht of het Engelse materiële recht ook volgens de Engelse kiesregels aanwendbaar was (2). Hieruit blijkt immers dat de arbiter veronderstelde dat de aanduiding van het Engelse recht in de litigieuze overeenkomst niet alleen het recht aanduidt dat de overeenkomst regeert, maar tevens de kiesregels van dat recht ; - een hoogst ongewone beslissing (3).

259. Een rechtsaanduiding (of bevestiging van rechtsaanduiding) kan daarentegen plaats grijpen in de overeenkomst tot arbitrage, in de arbitrage-overeenkomst of tijdens het arbitraal verhoor. Dergelijke aanduiding wordt een rechtstreekse contractuele opdracht aan de arbiters om hun beslechtingsnormen uit het aangeduide recht te putten. De partijen spreken zich in deze aanduiding niet uit over het recht dat de litigieuze overeenkomst regeert. De aanduiding van beslechtingsnormen moet niet getoetst worden aan kiesregels ; zij moet daarentegen getoetst worden aan het materieel recht. Het is immers het materieel recht, dat partijen, die over een geschil een dading kunnen aangaan, toelaat de beslechting van dit geschil eveneens aan een arbiter toe te vertrouwen en hem hiervoor de beslechtingsnormen onder de arm te steken.

(1) I.K.K. nr. 1759.

(2) "Considérant que le droit anglais exige que pour être applicable la loi choisie par les parties à un contrat international ait une "real connection" avec le contrat ou que le choix fait par elles ne soit pas "déraisonnable".

(3) Zie bijv. MANN, International Arbitration Domke, 168. Tevens de Sovjet Arbitrage-commissie in Romulus Film t. Sovexportfilm (R.C.D.I.P. 1971, 470, met noot FRANCESKAKIS ; Rev. Arb. 1970, 183) waarin elke mogelijkheid tot "renvoi" door de "lex contractus" uitgesloten werd.

Welk materieel recht zal bepalen in welke mate de partij de arbiter de beslechtingsnormen kunnen aanduiden? Hiervoor moet men de overeenkomst, waardoor de beslechtingsnormen aangeduid worden, "localiseren". De rechtsorde, waarin deze overeenkomst zich situeert, levert het recht, dat de inhoud van deze overeenkomst - en bijgevolg ook de aanduiding van beslechtingsnormen - regeert (1). Heeft de rechtsaanduiding (of haar laatste bevestiging) plaats tijdens het arbitraal verhoor dan zal het materieel recht van het land, waar de arbitrage plaats heeft, voor de rechtsaanduiding relevant zijn. Indien de partijen voor de laatste maal in de arbitrage-overeenkomst het recht hebben aangeduid, zal de arbiter aan deze aanduiding gevolg moeten toekennen in de mate de wet, die de arbitrage-overeenkomst beheerst, dit toelaat. Indien partijen voor het laatst in hun overeenkomst tot arbitrage uitdrukkelijk akkoord gingen over het aan te wenden recht, moet de arbiter vooreerst onderzoeken of het recht, dat deze overeenkomst tot arbitrage beheerst, partijen toeliet de aanwendbare normen te bedingen. Is dit het geval, dan wordt de rechtsaanwijzing impliciet door de arbitrage-overeenkomst overgenomen (2) en zal uiteindelijk het recht, dat hierop van toepassing is, het gevolg bepalen dat de arbiter aan de rechtsaanwijzing moet verlenen. Arminjon lijkt de enige die deze consequentie van de contractuele aard der arbitrage aanvaardt (3).

260. In meer gevallen kunnen de partijen in een overeenkomst tot arbitrage, een arbitrage-overeenkomst of vóór de arbiters het beslissingsrecht aanduiden dan dat zij in de litigieuze overeenkomst het recht kunnen aanduiden dat deze regeert.

Partijen kunnen enkel bij overeenkomsten, die meerdere rechtsorden raken, het recht aanduiden dat deze regeert (4). Niets belet de

(1) Zie nrs. 317-326.

(2) Zie nrs. 4-5.

(3) Tegenvoorstel op Sauser-Halls resolutie en ontwerp: "Dans les limites que trace à leur autonomie la loi qui régit leur convention (overeenkomst tot arbitrage en arbitrage-overeenkomst), les parties ont le droit ... de désigner la loi qu'ils (arbiters) doivent appliquer" (art. 7) (Ann. I.D.I. 1952, I, 611).

(4) Zie nr. 263.

partijen echter om de arbiter ook bij een geschil, dat slechts één rechtsorde raakt, buitenlandse beslechtingsnormen aan te duiden.

Dit wordt weliswaar bestreden door Goldman (1). Indien de overeenkomst zich geheel in één rechtssysteem situeert, zou de arbiter, aldus Goldman, in geen enkel geval een ander recht, dat de partijen hebben aangeduid, mogen aanwenden. Deze aanduiding zou steeds een "fraude à la loi" betekenen, waaraan de arbiter geen gevolg mag toekennen. Goldman veronderstelt echter dat een volkenrechtelijke verdeling tussen de verschillende rechtsorden van de bevoegdheid om de beslechtingsnormen te leveren niet enkel de rechters, maar ook de arbiters bindt. M.i. wordt de arbiter aldus te veel vereenzelvigd met de rechter. Trouwens ook de rechter past buitenlandse beslechtingsnormen toe omdat deze de meest geschikte zijn; niet omdat hij de regelingsbevoegdheid van een vreemde soeverein erkent (2). Tenslotte lijkt het verbod van "fraude à la loi" geen regel van volkenrechtelijke bevoegdheidsverdeling, maar van (eerder Frans) i.p.r.. Goldmans opvatting wordt helemaal onhoudbaar waar hij stelt dat het feit, dat de partijen tot een "interne" Franse overeenkomst het Engels recht aanduiden, een Engelse arbiter niet toelaat Engels recht aan te wenden. Wanneer de partijen in Engeland akkoord gingen dat de arbiter Engelse beslechtingsnormen moest aanwenden bepaalt enkel het Engelse materieel recht of de arbiter deze aanduiding niet moet involgen.

Sanders is minder extreem dan Goldman (3). Ook Sanders lijkt zich echter te beperken tot de aanduiding in de litigieuze overeenkomst van het recht dat deze beheerst. Steunend op enkele arresten (4) stelt hij dat deze aanduiding enkel erkend kan worden indien zij niet indruist tegen de internationale openbare orde van het recht dat, zonder rechtsaanduiding, van toepassing zou geweest zijn.

Haardt maakt evenmin het onderscheid tussen de aanduiding van het recht, dat de rechtsverhouding regeert, en het beslissingsrecht. Hij voert aan dat buitenlands recht, door de partijen aangewezen, zelfs op een "interne" overeenkomst door de arbiter moet aangewend worden indien er geen specifieke redenen zijn om deze aanduiding niet in te volgen. Zolang de partijen het buitenlands recht niet aanwezen om dwingende regels van het eigen recht of van universele gelding te om-

(1) GOLDMAN, 109 RdC (1963, II), 446.

(2) Zie nr. 203.

(3) SANDERS, N.T.I.R. 1956, 227.

(4) Sanders citeert o.m. Frans. Cass. 19 februari 1930, Clunet 1931, 90 en Frans Cass. 27 januari 1931, Clunet 1932, 95. Deze uitspraken betroffen weliswaar enkel de vraag naar de geldigheid van het compromissoir beding. Impliciet werd evenwel aanvaard dat de vreemde arbiter niet het Franse recht op de interne overeenkomsten zou aanwenden.

zeilen, zou de arbiter bijgevolg het door de partijen aangeduide recht moeten aanwenden (1).

Door een akkoord nopens de aan te worden beslechttingsnormen in de overeenkomst tot arbitrage en de arbitrage-overeenkomst of tijdens het arbitraal verhoor, kunnen de partijen ook beslissingsrecht aanduiden voor aangelegenheden waarvoor het i.p.r. geen rechtsaanduiding toestaat (2). Zo zouden zij de arbiters ook het beslissingsrecht kunnen aanwijzen mbt. een onrechtmatige daad, bijv. n.a.v. een tegeneis wegens oneerlijke handelspraktijken (3).

Sommige systemen van i.p.r. stellen dat de partijen slechts een recht kunnen aanduiden, dat de overeenkomst regeert, wanneer er een band bestaat tussen het aangeduid recht en de overeenkomst (4). Dit is niet het geval voor de aanduiding van beslissingsrecht. Het materieel recht bepaalt of partijen beslechttingsnormen kunnen aanduiden; het hecht geen belang aan de herkomst van deze beslechttingsnormen.

In de mogelijkheid van partijen om een arbitrage naar billijkheid te bedingen zag Gentinetta trouwens de bevestiging van het feit, dat geen band tussen aangeduid recht en overeenkomst vereist is (5): arbiters, die naar billijkheid mogen beslechten, zouden a fortiori mogen oordelen volgens een recht dat geen band met de overeenkomst bezit. Hoger werd evenwel aangevoerd dat de arbiters een geschil niet naar billijkheid kunnen beoordelen vooraleer het eerst duidelijk is welke rechtsnormen normaliter van toepassing zijn en waarvan de arbiters eventueel naar billijkheid kunnen afwijken (6). Derhalve lijkt het uitgesloten

(1) HAARDT, Choice of law clauses in arbitration agreements, 6, 8.

(2) Zie nr. 263.

(3) HAARDT, Choice of law clauses in arbitration agreements, 1. Europees Verdrag, art. VII; I.K.K. - arbitragereglement, art. 13, lid 3; E.C.E. - arbitragereglement, art. 38 en UNCITRAL-ontwerp, art. 27 beperken de rechtsaanduiding niet tot de aanwijzing van het recht dat de overeenkomst beheerst. Zie hierover, FOUCHARD, Arbitrage, nr. 538, p. 357 en nr. 542, p. 361; KAISER, Das europäische Übereinkommen, 148; MEZGER, 29 RabelsZ. (1965), 279; VON HOFFMANN, Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, 128.

(4) Zie nr. 263.

(5) GENTINETTA, Lex Fori, 200.

(6) Zie nrs. 137-139, 205-207.

om uit de mogelijkheid van een arbitrage naar billijkheid af te leiden dat partijen om het even welk rechtssysteem kunnen aanduiden, zonder dat er een band bestaat tussen dit rechtssysteem en de litigieuze overeenkomst.

261. Mag de arbiter echter het aangeduide recht aanwenden indien deze aanwending kan insluiten dat de uitspraak wegens schending van de openbare orde door de rechter nietig verklaard wordt of geen exequatur verkrijgt (1) ? Door het aangeduide recht aan te wenden zou de arbiter aldus het graf delven van de arbitrale beslechting.

Goldman vertrekt van de reeds besproken volkenrechtelijke bevoegdheidsverdeling om te besluiten dat de arbiters een rechtsaanduiding slechts kunnen eerbiedigen wanneer deze ook niet indruist tegen de internationale openbare orde van het land waarin de uitspraak erkend of tenuitvoer gelegd moet worden (2). Een dergelijke regel lijkt echter moeilijk verdedigbaar. In de eerste plaats weet de arbiter niet zeker in welk land de uitspraak uiteindelijk zal erkend en tenuitvoer gelegd worden. Vervolgens - en in de veronderstelling dat dit waarschijnlijk in het land van verweerder zal gebeuren - impliceert deze opvatting dat niet enkel het geschil, maar ook de identiteit van de verweerder de toe te passen rechtsnormen bepaalt. Eenzelfde geschil zou derhalve volgens andere normen beslecht kunnen worden naargelang de ene partij tot de arbitrage of de andere verweerder is in de arbitrale procedure. Een onpartijdige en rechtvaardige rechtspraak veronderstelt daarentegen dat de arbiter zelfde rechtsnormen toepast op zelfde rechtsverhoudingen, ongeacht wie verweerder is.

De hoofdregel blijft dat de arbiter het recht moet aanwenden dat de partijen geldig hebben aangeduid. De arbiter, die er zich van bewust is dat het door de partijen aangeduide recht de arbitrale uitspraak kan

(1) Zie nrs. 53-77, 93.

(2) GOLDMAN, 109 RdC (1963, II), 466 : "Il n'y a pas contradiction entre cette indication et le principe général d'autonomie du système de solution, car ce système lui-même doit se préoccuper d'une coordination avec les données fondamentales des systèmes étatiques dont il est prévisible qu'ils auront à intervenir dans les solutions du litige". Zie ook HAARDT, Choice of law clauses in arbitration agreements, 4.

ontkrachten, moet in elk geval pogen om de uitspraak zoveel mogelijk te redden door een soepele interpretatie van dit recht. Indien dat niet gaat moet hij de partijen verzoeken om af te zien van de aanwending van dit recht. Indien de partijen hierover geen akkoord bereiken en de uitspraak ongetwijfeld op verzoek van de verliezende partij door de bevoegde rechter (1) nietig of niet-uitvoerbaar verklaard zal worden, mag de arbiter m.i. zijn opdracht neerleggen. Contractueel heeft hij er zich wel toe verplicht om het geschil te beslechten, zoals de partijen bedoelden. De arbiter kan deze gezamenlijke bedoeling echter niet inwilligen wanneer het duidelijk is dat de uitspraak wegens het aangeduide recht nietig wordt. Zolang er evenwel een redelijke kans bestaat op een vrijwillige tenuitvoerlegging van de uitspraak of op een erkenning en tenuitvoerlegging door de bevoegde rechter zou de arbiter het aangeduide recht met hoop op slagen moeten aanwenden. Het is mogelijk dat het recht, dat de partijen hebben aangeduid, de geldigheid of uitvoerbaarheid der arbitrale uitspraak niet aantast in de ogen van de bevoegde rechter, maar dat dit recht niettemin belet dat een rechter uit een ander land de uitspraak ook aldaar uitvoerbaar verklaart. Wanneer om deze reden de tenuitvoerlegging in het land van de veroordeelde partij uitgesloten wordt, verliest de uitspraak veel van haar zijnsredenen. Zij blijft evenwel bestaan en kan eventueel elders tenuitvoer gelegd worden op goederen van de veroordeelde partij. Zolang dergelijke kans op uitvoering bestaat voor een uitspraak, gevelde volgens het recht dat de partijen aanduiden, zouden de arbiter m.i. de rechtsaanduiding moeten naleven. Slechts indien werkelijk geen hoop op uitvoering bestaat mag - en moet - de arbiter zijn taak neerleggen.

§ 2. Rechtsaanduiding bij de jurisdictioneel opgevatte arbitrage

262. Het is niet uitgesloten dat de jurisdictionele dimensie bij een arbitrage overweegt. De arbiter kan zo beschouwd worden als iemand die, alhoewel geen rechter, toch diens taak overneemt. De arbiter zou dan moeten oordelen volgens dezelfde normen als de rechter in wiens plaats

(1) Zie nrs. 84-88.

hij getreden is. Zoals de rechter zou de arbiter het recht moeten kiezen aan de hand van een nationaal systeem van i.p.r.. Ook deze optiek laat evenwel ruimte voor het recht dat de partijen hebben aangeduid om hun overeenkomst te regeren. Immers alle nationale systemen van i.p.r. erkennen dat de overeenkomst in de eerste plaats de zaak door partijen is ; een goede rechtsbedeling vereist bijgevolg dat de overeenkomst zoveel mogelijk - en voorzover geen belangen van derden of van de gemeenschap in het gedrang komen - beoordeeld wordt volgens de normen, die de partijen zelf hiervoor vooropstelden.

In de XVIe eeuw brak Dumoulin met het algemeen beginsel van "locus regit actum", nl. dat de overeenkomst - zowel wat vorm als wat inhoud betrof - geregeerd werd door het recht van de plaats waar zij gesloten was. Hij stelde dat de partijen zich akkoord konden verklaren om de inhoud der overeenkomst door een ander recht te laten beheersen. Aldus ontstond de kern van wat universeel, als "autonomie de la volonté" betiteld, de partijen toelaat om de wet, die hun overeenkomst beheerst ("lex contractus"), aan te wijzen (1). Hedendaagse verdragsteksten bevestigen deze bevoegdheid der partijen (2).

263. Het is de regel dat de rechter het eigen recht toepast. Het is de uitzondering - en enkel wanneer verscheidene rechtssystemen voor aanwending in aanmerking komen - dat de rechter op grond van zijn foraal i.p.r. buitenlands recht als normenbron kiest. De door dit i.p.r.

-
- (1) WICKI, A., Zür Dogmengeschichte der Parteiautonomie in internationalen Privatrecht, Winterthur 1965 ; MEYERS, E., L'histoire des principes fondamentaux de droit international privé à partir du Moyen-Age, 49 RdC (1934, III), 547-683, 651 ; VAN HECKE, G., Signification et limites du principe de l'autonomie de la volonté dans les contrats internationaux, Rev. Dr. Int. Comp. 1955, 81-91 ; RABEL, E., The conflict of laws : a comparative study, deel II, Ann Arbor 1960, 370-376 ; BATIFFOL, H., Droit international privé, deel II, Parijs 1976, nrs. 229-232 ; DICEY and MORRIS on the conflict of laws, Londen 1967, 697-712. KEGEL, G., Internationales Privatrecht, München 1971, 255-257. RIGAUX, F., Droit international privé, Brussel 1968, nr. 348-351 ; JAKUBOWSKI, Choice of law clauses in arbitration agreements, 3-5. SKAPSKI, 136 RdC (1972, II), 514-515.
- (2) Verdrag nopens de op de internationale koop van lichamelijke roerende zaken aan te wenden wet (Den Haag, 1955), art. 2 (Belg. Staatsblad, 1964, 10310) ; E.E.G.-ontwerp, art. 2 (R.G.D.I.P. 1973, 210).

ontkende mogelijkheid van partijen om een buitenlands recht voor de overeenkomst te kiezen, draagt de sporen van deze uitzonderingstoestand.

De partijen kunnen het recht aanduiden dat hun overeenkomst regeert. Talrijke aspecten van hun contractuele relatie, zoals hun bevoegdheid tot contracteren, de uitvoeringswijze van de overeenkomst enz., worden in principe evenwel niet geregeld door dit recht (1).

Een tweede beperking volgt uit de toepassings sfeer van het i.p.r.. Het i.p.r. laat bij een "interne" overeenkomst geen aanduiding van een buitenlands recht toe. De aanduiding van een buitenlands recht heeft slechts gevolg bij een "internationale" overeenkomst, nl. een overeenkomst waarvan de partijen, de plaats van sluiting en van uitvoering niet tot éénzelfde rechtsorde behoren (2).

Bovendien stellen sommige systemen van i.p.r. dat de partijen slechts een recht kunnen aanduiden dat een band met de overeenkomst bezit. Dit kan een belangrijke beperking zijn bij handelsovereenkomsten, waar partijen bijv. het Engels recht kiezen omwille van zijn zeerecht of het Zwitsers recht omwille van zijn verbintenissenrecht, zonder dat deze landen een andere band met de overeenkomst bezitten.

De Poolse i.p.r.-wet (art. 25 § 1) bepaalt bijv. dat een contractuele verhouding slechts kan onderworpen zijn aan het recht dat partijen aanduiden, indien er een band bestaat tussen dit recht en de verbintenis (3).

-
- (1) RABEL, E., The conflict of laws, deel II, Ann. Arbor 1960, 520-550. Zie TOUBIANA, A., Le domaine de la loi du contrat en droit international privé, Parijs 1972.
 - (2) De rechtsoptie maakt een interne overeenkomst niet tot een internationale overeenkomst (Verdrag nopens de op de internationale koop van roerende lichamelijke zaken aan te wenden wet (Den Haag, 1955), art.1, lid 4, Belg. Staatsblad 1964, 10310). BATIFFOL, H., Droit international privé, deel II, Parijs 1976, nr. 575. RIGAUX, F., Droit international privé, Brussel 1968, nr. 352.
 - (3) JAKUBOWSKI, Choice of law clauses in arbitration agreements, 4 ; SKAPSKI, 136 RdC (1972, II), 535. Het Poolse zeewetboek (1961) en de Poolse luchtvaartwet (1962) laten daarentegen een onbeperkte rechtsaanduiding toe.

Het Engelse i.p.r. is anderzijds onduidelijk. Het "obiter dictum" van Vita Food Products Inc. v. Unus Shipping Co. Ltd. eist geen band tussen de overeenkomst en het foraal recht ("connexion with English law is not, as a matter of principle, essential") (1). In deze zaak ging het echter enkel over de feitelijke band. Het kan zijn dat de Engelse rechter, wegens de "homeward trend", deze feitelijke band minder noodzakelijk achtte wanneer het eigen Engels recht aangeduid werd dan wanneer een buitenlands recht aangewezen werd. In casu, waar het een zeevervoer van Canada naar New York betrof, bestond er bovendien wel een zekere relatie tussen enerzijds het aangeduide Engelse recht - één der meest verrijnde voor maritieme aangelegenheden - en anderzijds de zeevervoervereenkomst, waarvoor dit recht aangeduid werd. In Re Helbert Wagg and Co. werd daarentegen uitdrukkelijk verlangd dat er een "real and substantial" band tussen aangeduid recht en overeenkomst bestond (2).

In de meeste systemen van i.p.r. lijkt het irrelevant of het aangeduide recht een band met de overeenkomst bezit. Zo zouden bijv. zelfs het Sovjet-Russische, het Tsjechoslovaakse en het Joegoslaafse i.p.r. - voor transnationale handelsovereenkomsten althans - een volledig vrije rechtsoptie toelaten (3).

Tenslotte erkent het nationaal i.p.r. de aanduiding van buitenlands recht slechts indien de toepassing van dit vreemde recht geen meest fundamentele waarden van het eigen recht (in het i.p.r. als van "internationale openbare orde" bestempeld) in het gedrang brengt.

264. Voor auteurs zoals Mann en Sauser-Hall overweegt in elke arbitrage de jurisdictionele dimensie. Dit sluit in dat de arbiter, zoals de rechter, elke rechtsaanduiding van partijen slecht kan inwilligen indien het nationaal i.p.r. dit voorschrijft.

In een studie met de veelzeggende titel "Lex facit arbitrum" houdt Mann voor dat het ondenkbaar is dat de arbiter, een rechtsmacht zoals de rechter, niet onderworpen zou zijn aan het recht van het land, waarin

(1) (1939) A.C. 277.

(2) (1956) Ch. 323.

(3) Zie JAKUBOWSKI, Choice of law clauses in arbitration agreements, 3-5 ; IUNZ, Clunet 1973, 106. ROMAN, Law & Pol. Int.'l. Bus. 1975, 1123-1124. Voor Hongarije lijkt dit echter betwist : CZISMAS, 13 Ost-Europa Recht (1967), 281-282 ; DIETZ, N.Y.U.J. Intern.'l. Law and Politics, 1972, 269-270.

hij zetelt (1). Het is dit recht dat het bestaan, de samenstelling en de te volgen procedure van het arbitraal paneel regelt (2). Bij Mann heeft de arbitrage bijgevolg duidelijk een jurisdictioneel karakter. Zoals een rechter is een arbiter aan het recht van de staat onderworpen. Als deel van de rechtsmacht van de staat, waarin hij zetelt, kan hij de rechtsaanduiding der partijen slechts eerbiedigen in de mate en voorzover het i.p.r. van het arbitraal forum dit toelaat.

"There is a pronounced similarity between the national judge and the arbitrator in that both of them are subject to the local sovereign. If ... the arbitrator is in many respects ... allowed ... to accept the commands of the parties, this is because, and to the extent that, the local sovereign so provides Just as the judge has to apply the private international law of the forum, so the arbitrator has to apply the private international law of the arbitration tribunal's seat ..." (3).

Sauser-Hall, door het Institut de Droit International aangesteld als rapporteur over de wetsconflicten in de arbitrage, vertrok van de vaststelling dat de arbitrage tegelijk contractueel van oorsprong en procesrechtelijk van aard is (4). Wegens deze contractuele oorsprong zouden de partijen de arbiters kunnen opdragen de overeenkomst te beslechten volgens het recht dat zij hebben aangeduid ; het jurisdictioneel karakter zou anderzijds insluiten dat de rechtsaanduiding niet alleen voor de rechter maar ook voor de arbiter slechts het gevolg heeft dat het i.p.r. hieraan toekent. De verzoening van de contractuele oorsprong en het jurisdictioneel karakter sluit in dat de partijen het door de arbiter aan te wenden recht kunnen aanduiden ; maar dit slechts in de mate dat het i.p.r. dit toelaat (5). De beperkingen,

-
- (1) MANN, International Arbitration Domke, 157-183. Alhoewel Mann de arbitrage jurisdictioneel opvat, ontwijkt hij elke stellingname hierover (noot 46, p. 161). Zie tevens, MANN, ZHR 1968, 97.
 - (2) MANN, International Arbitration Domke, 161.
 - (3) MANN, International Arbitration Domke, 162.
 - (4) Ann. I.D.I. 1952, I, 522-526 ; Ann. I.D.I. 1957, II, 401.
 - (5) Ann. I.D.I. 1952, I, 571 ; Zie ontwerp van Resolutie art. 11, idem, 476. Tevens MAYENFISCH, D., La clause attributive de juridiction et la clause arbitrale dans les contrats de vente à caractère international, Lausanne 1957, 80.

die het nationaal i.p.r. aan de rechtskeuze stelt, gelden bijgevolg ook voor de arbitrage. Aldus kunnen alleen partijen tot een "internationale" overeenkomst hun arbiter een recht aanduiden en mag de arbiter dit recht slechts aannemen wanneer het niet indruist tegen de "internationale openbare orde". Eventueel kan het i.p.r. zelfs vereisen dat er een vol-doende band bestaat tussen aangeduid recht en overeenkomst (1).

In 1957, tijdens de bijeenkomst te Amsterdam, sloot het Institut zich aan bij Sauser-Halls zienswijze :

"Les règles de rattachement ... doivent être suivies pour déterminer la loi applicable au fond du litige. Dans les limites de cette loi, les arbitres appliquent la loi choisie par les parties ..." (art. 11) (2).

Op het eerste zicht blijkt uit de laatste zin dat de rechtsaanduiding slechts deze gevolgen bezit die het i.p.r. haar toekent. Bij nader toezien - en dit gaf Sauser-Hall toe - lijkt deze passage een overbodige toepassing van het voordien vermelde beginsel dat de rechtsaanduiding volgens het i.p.r. dient te geschieden. Door uitdrukkelijk de mogelijkheid van rechtsaanduiding te erkennen wilden de opstellers enkel de speciale plaats van de wilsautonomie der partijen bij de arbitrale rechtskeuze benadrukken (3).

De opvattingen van Mann, Sauser-Hall en het Institut de Droit International getuigen van een jurisdictionele benadering der arbitrage. De rechtsaanduiding vanwege partijen is slechts geldig in de mate een nationaal i.p.r. hieraan gevolg toekent. Welk i.p.r. dit is wordt in het volgende hoofdstuk besproken.

265. Deze opvattingen van Mann, Sauser-Hall en het Institut de Droit International worden niet door alle arbiters gedeeld. Arbiters, die zeten in de schoot van de I.K.K., of die "ad hoc" arbitrereren tussen een staat en een private partij, voelen zich bijv. zelden gebonden door een

(1) Cheshire's voorstel tot onbeperkte aanduidingsvrijheid werd met 21 stemmen tegen 7 verworpen, Ann. I.D.I., 1957, I, 454-455.

(2) Ann. I.D.I. 1957, II, 484 ; zie minder uitgesproken o.m. MEZGER, 24 RabelsZ. (1959), 249.

(3) Ann. I.D.I. 1957, II, 454.

nationaal i.p.r. (1). Voor hen primeert het universele en contractuele aspect van de arbitrage boven het jurisdictionele. De arbitragers, waarbij de jurisdictionele dimensie voorrang heeft, sluiten daarentegen wel aan bij de stellingen van Mann, Sauser-Hall en het Instituut de Droit International. Dergelijke jurisdictionele dimensie lijkt bijv. aanwezig bij de Arbitrage-commissies der Kamers van Buitenlandse Handel met de Oost-Europese landen. Hun arbiters, weliswaar geen rechters, hebben als ambtenaren, leiders van een staatsbedrijf enz..., een nauwe band met de staat, die analoog is met deze van de rechter (2). Voor geschillen met betrekking tot de handel binnen het Oostblok treden dezelfde Arbitrage-commissies bovendien op als rechtbank, en niet meer als arbitrage-instellingen (3). De rechtsaanduiding bij een jurisdictionele opgevatte arbitrage kan bijgevolg geïllustreerd worden door uitspraken van deze Arbitrage-commissies der Kamers van Buitenlandse Handel.

266. In enkele uitspraken wendden deze Arbitrage-commissies het recht aan dat de partijen voor de overeenkomst hadden aangeduid (4). De arbiters kunnen, zoals in de Sovjet uitspraak DIA Bergbau v. Soyuzprom-export, geen gewag maken van het i.p.r. dat hen toelaat dit aangeduid recht aan te wenden :

-
- (1) Zie infra, hoofdstuk III. en IV.
Zie evenwel als uitzondering I.K.K. nr. 2209, inzake een geschil tussen een Zwitserse en een Joegoslaafse onderneming. De Zwitserse, Joegoslaafse en Oostenrijkse arbiters besloten : "Die Zuständigkeit des angerufenen Schiedsgerichtes, der Sitz desselben in Zürich, die daraus folgende Anwendbarkeit der Bestimmungen der Zivilprozessordnung des Kantons Zürich und, dass auf den Rechtsstreit materiell Schweizer Recht anzuwenden ist, wurde ausser Streit gestellt".
- (2) Zie nr. 29. Tevens GOLDMAN, 109 RdC (1963, II), 355.
- (3) Zie nr. 3.
- (4) Naast de hierna vermelde uitspraken :
Bulgarije : uitspraak 26 mei 1966, Clunet 1967, 156.
Tsjechoslovakië : Metalimpex t. Rudmetal, geciteerd door SZASZY, 18 I.C.L.Q. (1969), 119.
USSR : Ugleeksport t. Legeta, geciteerd door RAMSAIZEW, R.C.D.I.P. 1958, 468 ; Incomar t. Raznoeexport, CAC, nr. 56 ; Cuflet t. Novorossiysk Co., M.A.C., 68.

"Both parties had agreed on the application of the laws of the German Democratic Republic as the country where the contract had been signed. In settling this matter, the FTAC (Foreign Trade Arbitration Commission) proceeds from the agreement reached by the parties to that effect" (1).

Zij kunnen ook slechts terloops vermelden dat een i.p.r. de partijen toelaat het recht aan te wijzen dat de overeenkomst regeert (2). De meeste van deze uitspraken maken het daarentegen duidelijk dat de rechtsaanduiding slechts mogelijk is binnen het raam van het i.p.r. van het arbitraal forum.

In twee uitspraken blijkt bijv. duidelijk hoe de Sovjet Maritieme Arbitrage-commissie slechts gevolg geeft aan een rechtsaanduiding omdat het Sovjet i.p.r. dit toelaat :

"Taking into consideration that the contract from which the dispute arose, entered into after the USSR Merchant Shipping Code of 1968 had come into force, the Maritime Arbitration Commission was guided in the investigations of the case by regulations of that Code. ... Though the charter signed in Khartoum on December 14, 1968 did not contain any reference as to applicable law, each of the bills of lading presented by the plaintiffs in the arbitration and relating to the shipment in question, referred to the USSR Merchant Shipping Code with that in view. The Maritime Arbitration Commission recognizes the Soviet law as applicable in this case" (3).

"Having admitted that the Soviet law should be applied in view of the agreement of the parties who subjected their contractual relations to the law of the flag and on the strength of the collision law regulations stipulated in the Merchant Shipping Code 1949, the Maritime Arbitration Commission ..." (4).

Roemeense arbiters beslissen :

"En matière contractuelle les parties ont selon le droit international privé roumain, applicable en tant que lex fori, la faculté de choisir la loi ayant à régir leurs rapports contractuels de commerce extérieur" (5).

-
- (1) DIA Bergbau t. Soyuzpromexport, CAC, nr. 53, 87.
 - (2) Bijv. Tsjechoslovaakse arbitrale uitspraak 18 maart 1957, Clunet 1962, 450, 451.
 - (3) El Shuhada Trading Co. t. Black Sea Steamship Co., M.A.C. 65, 66-67.
 - (4) Cuflet t. Novorossiisk Co., M.A.C., 68, 69.
 - (5) Uitspraak 7 juli 1970, Clunet 1971, 636.

Tsjechoslovaakse arbiters steunden zich op de toenmalige wet 41/1948 inzake het internationaal en interregionaal privaatrecht om te besluiten :

"The applicable law may be chosen expressis verbis or tacitly" (1).

Hongaarse arbiters oordeelden :

"Das Schiedsgericht hatte die Frage des internationalen Privatrechts zu prüfen, welches Landesrecht in der Sache anzuwenden ist. Diese Frage wurde dahin entschieden, dass an das Recht des Forums, d.h. an das ungarische Recht anzuknüpfen ist ... In der Praxis des Schiedsgerichts ist jedoch zum Ausdruck gekommen, dass für Rechtsverhältnisse aus Verträgen dasjenige Recht massgebend ist, das von den Kontrahenten ausdrücklich oder stillschweigend gewählt worden ist (lex pro voluntate)" (2).

Van alle reglementen der arbitrage-commissies stelt dat van de Arbitrage-commissie der D.D.R. het duidelijkst in het daglicht hoe de rechtsaanduiding in het nationaal i.p.r. ingeschakeld wordt : § 27 van het arbitragereglement bepaalt dat de arbiters, tenzij het i.p.r. van de D.D.R. anders voorschrijft, zullen oordelen volgens de rechtsnormen die de partijen hebben aangeduid.

267. Dat de rechtsaanduiding bij een jurisdictionele opvatting der arbitrage slechts gevolgen heeft in de mate het i.p.r. dit toelaat, houdt enkele beperkingen in voor de rechtsaanduiding. De arbiters zouden immers geen rechtsaanduiding mogen inwilligen waardoor een recht aangewezen wordt waarvan de aanwending indruist tegen de meest fundamentele waarden van het foraal recht (3).

Zo oordeelden de Sovjet Maritieme Arbitrage-Commissie dat aan een aanduiding van het Franse recht voor goederenvervoer vanuit de U.S.S.R. naar Turkije geen gevolg kon gegeven worden omdat het Sovjet Zeewetboek als principe van openbare orde stelde dat elk vervoer vanuit een

(1) C.t. Motokov, Clunet 1956, 459.

(2) Uitspraak tussen Pakistaanse en Hongaarse onderneming (1961), geciteerd door CZISMAS, 13 Ost Europa Recht (1967), 280 ; tevens Rev. Arb. 1965, 37.

(3) Zie ROMAN, Law & Pol. Int.'l Bus., 1975, 1143-1144.

Sovjet haven door het Sovjet recht beheerst werd (1).

Het i.p.r. kan de arbiter tevens verbieden om het aangeduide recht aan te wenden indien dit niet de vereiste band met de overeenkomst bezit (2).

Zo bevestigde de Tsjechoslovaakse Arbitrage-commissie op grond van de vroegere wet, die een band tussen de overeenkomst en het aangeduide recht eiste (3) :

"Para. 9 of law 41/48 Rec. on Czechoslovak private international law gives parties the possibility of submitting their legal relations to a specific legal system provided that system has an important connection with the legal relation in cause ... The close connection of the legal relation with the law thus chosen is due to the situation of the head office of the seller firm" (4).

"There exists a substantial link between the legal relationship and the law chosen" (5).

"The arbitrators did not even admit a partial application of English law. According to para. 9 of law 41/48 Rec. on private international and interregional law, the parties may subject their contractual relations to a given law only if that law is significantly related to them ... The foreign trade firm, set up by Czechoslovak law, appears in the contract as the buyer and the Pakistan firm as the seller. The jute was carried from Pakistan to Czechoslovakia via Hamburg. England was not at all involved and at no time appears. English law cannot therefore be applied" (6).

Het gemeenrechtelijk i.p.r., dat een band eist tussen aangeduid recht

-
- (1) Soyuznefteksport t. Kurtazh et Transpor, geciteerd door KING SMITH, 10 Harv. Int. L.J. (1969), 86 en PISAR, 70 Harvard Law Review (1957), 619-621. Zie ook Aliimport t. Handelsmaatschappij van de Zwarte Zee, LEBEDEV, Rev. Arb. 1971, 145. Zie bijv. Grondbeginsselen van de Burgerlijke Wetgeving in de USSR, art. 128 ; Zeewetboek, art. 15, lid 2. Tevens LUNZ, Clunet 1973, 112-113.
 - (2) Zie ROMAN, Law & Pol. Int.'l Bus. 1975, 1122-1128.
 - (3) Wet 41/1948 werd vervangen door de wet van 1963, die veel soepelder is inzake de rechtsaanduiding (SKAPSKI, 136 RdC (1972, II), 534).
 - (4) Uitspraak 14 augustus 1953, Clunet 1956, 453.
 - (5) Uitspraak 18 maart 1957, Clunet 1962, 451.
 - (6) Uitspraak 1 maart 1954, Clunet 1956, 469, 471.

en overeenkomst, moet soms echter de plaats ruimen voor een speciale kiesregel mbt. de transnationale handelsarbitrage, die een onbeperkte rechtsaanduiding toelaat.

De Poolse wet inzake het i.p.r. (art. 25, § 1), dat dergelijke band eist, geldt bijv. niet voor de Poolse Arbitrage-commissie voor Buitelandse Handel en voor het Maritieme Arbitrage Hof van Gdynia, waarvan de arbitragereglementen, die tevens als wet gelden, de partijen een onbeperkte rechtsaanduiding toelaten (1).

Een specifieke kiesregel wordt ingevoerd door het Europese Verdrag inzake de internationale handelsarbitrage voor de arbitrages, die door dit Verdrag geregeld worden (2). Artikel VII van dit verdrag luidt :

"De partijen zijn vrij te bepalen welk recht de scheidslieden moeten toepassen t.a.v. de grond van het geschil".

Voor talrijke auteurs laat deze tekst een onbeperkte keuze toe ; de partijen zouden zich niet moeten beperken tot een recht dat een objectieve band met de overeenkomst bezit (3).

De inschakeling der rechtsaanduiding in een nationaal i.p.r. beperkt bovendien de mogelijkheid tot rechtsaanwijzing tot de aangelegenheden waarvoor dit nationaal i.p.r. de rechtsaanduiding erkent. Het Instituut de Droit International bepaalde in deze zin in zijn resoluties mbt. het foraal recht :

"Dans les limites de cette loi, les arbitres appliquent la loi choisie par les parties" (art. 11).

De partijen kunnen bijgevolg het recht, dat de overeenkomst regeert, aanduiden omdat een nationaal i.p.r. hen deze bevoegdheid toekent. Voor aspecten van de overeenkomst, die niet door dit recht geregeld worden, of voor (tegen-)vorderingen inzake onrechtmatige daad of oneerlijke handelspraktijken, kan de arbiter de rechtsaanduiding slechts

-
- (1) Respectievelijk § 29.1 en § 28. Zie JAKUBOWSKI, Choice of law clauses in arbitration agreements, 4.
 - (2) Zie nr. 31.
 - (3) HAARDT, Choice of law clauses in arbitration agreements, 6 ; FOUCHARD, Arbitrage, nr. 538 ; KAISER, Das europäische Übereinkommen, 147 ; KLEIN, ZfP 1963, 351 ; MAIER, Europäisches Übereinkommen und UN - Übereinkommen, 19 ; ROBERT, Arbitrage, 429 ; RUBELLIN-DEVICHI, Arbitrage, Nature juridique, 11 ; VON HOFFMANN, Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, 128.

inwilligen indien het nationaal i.p.r. een rechtsaanduiding voor deze materies toestaat. Zo - en dit stond Sauser-Hall voor ogen - zou het bijv. voor partijen onmogelijk zijn om een ander recht dan de "lex rei sitae" van toepassing te verklaren op het statuut van onroerende goederen (1).

Tenslotte bepaalt het i.p.r. of partijen het recht, dat een overeenkomst regeert, niet enkel kunnen aanduiden in deze overeenkomst, maar ook in een latere overeenkomst tot arbitrage over deze overeenkomst ; of zelfs tijdens de arbitrale beslechting (2).

Zo besloot de Tsjechoslovaakse Arbitrage-commissie dat een aanduiding van recht in de overeenkomst tot arbitrage naar Tsjechoslovaaks i.p.r. niet toegelaten was omdat het onduidelijk zou zijn dat partijen tot dan in de onzekerheid zouden verkeren over het recht dat hun overeenkomst beheerste (3).

De Sovjet Maritieme Arbitrage-commissie stelde daarentegen dat de partijen de rechtsaanduiding in de litigieuze overeenkomst nadien mogen wijzigen (4).

§ 3. Impliciete en hypothetische rechtsaanduiding

268. De rechtsaanduiding, die in de twee vorige paragrafen besproken werd, was steeds bewust en uitdrukkelijk. Het wordt evenwel algemeen

(1) Ann. I.D.I. 1957, I, 455.

(2) Zie bijv. Import-Export t. Soyuzpromexport, C.A.C., nr. 23 ; Incomar t. Raznoexport, C.A.C., nr. 46 ; DIA Bergbau t. Soyuzprom-export, C.A.C., nr. 53. Tevens de uitspraak der Roemeense arbitrage-commissie nr. 21 (1966), geciteerd door NESTOR, Rev. roum. jur. 1967, 257.

(3) Zie KING SMITH, 10 Harv. Int. L. J. (1969), 87. Aldus maakte het Tsjechoslovaakse i.p.r. o.m. geen onderscheid tussen de rechtsworm, die de overeenkomst van bij de aanvang beheerst, en de beslechtingsnorm, volgens dewelke een geschil inzake deze overeenkomst moet beoordeeld worden.

(4) Aliimport t. Handelsmaatschappij van de Baltische Zee, LEBEDEV, Rev. Arb. 1971, 145-146.

aanvaard dat de partijen ook impliciet een recht kunnen aanduiden (1). Een dergelijke rechtsaanduiding wordt afgeleid uit de omstandigheden waarin de overeenkomst gesloten werd of uit de contractuele bedingen. Ook het feit dat één der partijen zich op de normen van een bepaald rechtssysteem steunt, en de andere zich niet tegen de aanwending van dit rechtssysteem verzet, wordt soms als een impliciete rechtsaanduiding beschouwd. De impliciete rechtsaanduiding heeft ook een plaats bij de arbitrale rechtskeuze (2).

(1) Zie bijv. E.E.G.-ontwerp inzake het toepasselijk recht op de contractuele en niet-contractuele verplichtingen, art. 4, 5 en 6 (R.C.D.I.P. 1973, 210-211) ; Verdrag nopens de op de koop van lichamelijke roerende zaken aan te wenden wet (Den Haag, 1955), art. 2, lid 2 (wet 21 september 1962, Belg. Staatsblad 1964, 10310).

(2) Bijv. -

- "The applicable law may be chosen expressis verbis or tacitly" (Tsjechoslovaakse Arbitrage-commissie, C.t. Motokov (1954), Clunet 1956, 459).

- "In der Praxis des Schiedsgerichts ist jedoch zum Ausdruck gekommen, dass für Rechtsverhältnisse aus Verträgen dasjenige Recht massgebend ist, das von den Kontrahenten ausdrücklich oder stillschweigend gewählt worden ist (lex pro voluntate)" (Hongaarse Arbitrage-commissie, uitspraak van 1961 ; CZISMAS, 13, Ost Europa Recht (1967), 280 ; tevens Rev. Arb. 1965, 37).

- "The Foreign Trade Arbitration Commission finds that since, according to the title of the contract, the latter was made in Moscow it has been the intention of the parties that the contract is to be governed by the law of the USSR" (Sovjet Arbitrage-commissie, Soyuznefteexport t. Moroni & Keller, C.A.C., III, 45 ; tevens tussen zelfde partijen : C.A.C., III, 43).

- "Attendu qu'il échet d'abord de faire application des règles générales du droit international privé pour déterminer quelle loi nationale régit le contrat et les différends qu'il engendre ... Attendu qu'il est constant que la juridiction saisie doit dès l'abord appliquer la règle de l'autonomie de la volonté et examiner de la sorte à quelle loi, dans leur contrat ou ailleurs, les parties ont entendu se référer expressément ou tacitement" (I.K.K. nr. 1375).

- "It is true that there is no such provision in the present Agreement nor in the one made in 1958 with the Pan-American Petroleum Corporation. But the essential character of all these contracts is the same, they all have the same object and the same character, as is evidenced by the complete similarity of several of their clauses, particularly those dealing with performance and arbitration. By virtue of the principle of good faith, NIOC cannot claim that the absence of an express provision regarding the law applicable should be interpreted as a denial of a principle contained in previous agreements which had the same object...

.../...

Tijdens de bespreking van de resolutie over arbitrage stelde het Institut de Droit International de impliciete rechtsaanduiding met de uitdrukkelijke gelijk (1). Weliswaar bepaalde de uiteindelijke resolutie enkel dat de arbiter het recht moet kiezen dat partijen aangeduid hebben door middel van een "indication expresse" (art. 11). De voorbereidende werken zwijgen over dit wegvallen van de impliciete rechtsaanduiding. Bijgevolg kan de impliciete rechtsaanduiding in de uiteindelijke tekst zowel weggevallen zijn uit onachtzaamheid als door opzet. Het is daarentegen duidelijk dat de arbitrageverdragen plaats laten om de impliciete rechtsaanduiding met de uitdrukkelijke gelijk te stellen. Uit art. VII van het Europees Verdrag blijkt niet dat de rechtsaanwijzing vanwege partijen, de eerste arbitrale kiesregel, enkel de uitdrukkelijke rechtsaanduiding betreft. Derhalve lijkt ook de impliciete rechtsaanduiding hierdoor bedoeld (2). De Wereldbank-conventie heeft in art. 42 als eerste kiesregel dat de arbiter zal oordelen "in overeenstemming met zodanige rechtsregels als door partijen zal zijn overeengekomen". Hierdoor wordt ook de

.../...

If then, in the present contract, NIOC had intended to cast aside a principle which is recognized in the previous agreements and to refuse Sapphire a guarantee which they had previously conceded as legitimate, it must be presumed that the draftsman of the contract would have expressly shown this intention" (Sapphire t. NIOC, 13 I.C.L.Q. (1964), 1014).

- "La loi applicable au contrat est celle de (Burundi). Bien que conclu à l'étranger avec un étranger et malgré son caractère international, ledit contrat est soumis quand au fond à la loi de cet Etat. Il est évident en effet que telle était la volonté des parties" (I.K.K. nr. 1526 ; Jur. Anv. 1969, 89 ; Glunet 1974, 916).

(1) Ann. I.D.I. 1957, I, 453-456.

(2) GENTINETTA, Lex Fori, 329 ; LOUSSOUARN, Y. en BREDIN, J.D., Droit Commercial International, Parijs 1969, 44. Contra FOUCHARD, Arbitrage, nr. 126.

De Engelse versie van art. VII eist weliswaar dat de rechtsoptie "by agreement" geschiedt. Dergelijk "agreement" zou evenwel ook impliciet kunnen blijken uit de overeenkomst of uit de houding der partijen. In art. 38 van het E.C.E.-arbitragereglement, dat dit Verdrag grotendeels kopieerde, komt de vereiste van het "agreement" trouwens niet meer voor.

impliciete rechtsaanduiding beoogd (1).

269. Het is soms moeilijk om de impliciete rechtsaanduiding te steunen op een akkoord van partijen, dat de arbiters moeten nakomen. Bij een impliciete rechtsaanduiding zijn het in feite niet meer de partijen zelf die het recht aanduiden, maar is het eerder de arbiter die de partijen een rechtsaanduiding in de mond legt. Het is mogelijk dat de arbiter aldus een recht kiest dat de partijen graag aangewend zien. Het is evenwel niet uitgesloten dat de arbiter, in naam van de impliciete aanduiding, een recht kiest waaraan de partijen nooit gedacht hadden (2). Het is tevens mogelijk dat de arbiter een recht kiest dat de partijen juist wilden uitsluiten.

De impliciete aanduiding heeft voor de arbiter ontegensprekelijk een betekenis als middel of fictie om recht te kiezen. Niettemin lijkt het veiliger om haar als kiesregel los te maken van de uitdrukkelijke rechtsaanduiding. De impliciete aanduiding dient van geval tot geval geanalyseerd. In gevallen, waarin de bedoeling der partijen om een recht aan te wijzen even onbetwist is als bij een uitdrukkelijke aanduiding het geval zou zijn, mag de arbiter de rechtskeuze steunen op de wilsautonomie der partijen. Telkens het daarentegen voor de arbiter niet duidelijk is dat beide partijen hetzelfde recht voor ogen hadden bij het sluiten van de overeenkomst, mag hij geen recht kiezen op grond van een impliciete rechtsaanduiding. De rechtskeuze heeft in dat geval immers niets te maken met het involgen van de bedoeling der partijen. Welke kiesregel de arbiter in dergelijk geval moet volgen komt in het volgende hoofdstuk aan bod.

270. De "hypothetische" aanduiding moet van de impliciete onderscheiden worden. Beide veronderstellen weliswaar dat de partijen niet uitdrukkelijk een recht aangeduid hebben. De rechtskeuze volgens de

(1) Documents, deel II, nr. 29, 418 en nr. 33, 570.

(2) Tijdens de bijeenkomst van het Institut de Droit International zag McNair (Ann. I.D.I. 1957, II, 455) hierin geen onoverkomelijke moeilijkheid.

hypothetische partijwil verwijst echter niet naar een akkoord tussen partijen, dat impliciet zou blijken. Er wordt integendeel toegegeven dat de partijen nooit uitdrukkelijk of impliciet een recht hebben aangeduid. De hypothetische rechtsaanduiding laat juist toe om een recht te kiezen, dat de partijen weliswaar niet aanwezen, maar dat redelijke en voorzichtige mensen, wanneer zij zich in de situatie der partijen hadden bevonden, wel zouden hebben aangeduid. De hypothetische rechtsaanduiding wordt evenwel niet in alle systemen van nationaal i.p.r. aanvaard.

De hypothetische rechtsaanduiding wordt in Duitsland (1) en enigszins in Engeland (2) aangenomen. Auteurs van België, Frankrijk en van de Oostblok-landen aanzien deze hypothetische rechtsaanduiding evenwel als een fictie : de rechter, die de hypothetische rechtsaanwijzing van schimmen zou laten doorgaan als de wil der partijen, schrijft de partijen bedoelingen toe, die niet de hunne waren, maar de zijne zijn (3).

De bedoeling van de partijen is irrelevant voor de hypothetische rechtsaanduiding. Bijgevolg kan de arbiter geen recht kiezen in naam van een zgn. hypothetische rechtsaanduiding en beweren dat hij het recht aanwendt, dat de partijen aangeduid hebben.

"It is not permissible to apply a law simply on the presumption that the parties would have subjected themselves to it if they had thought of determining the applicable law" (4).

-
- (1) Zie bijv. KEGEL, G., Internationales Privatrecht, Munchen. 1971, 257-258.
 - (2) CHESHIRE, Private international law, Londen 1970, 200-201 ; DICEY and MORRIS, The conflict of laws, Londen 1967, 704. KAHN-FREUND, R.C.D.I.P. 1973, 608-609.
 - (3) Zie BATIFFOL, Droit international privé, deel II, Parijs 1976, nr. 573 ; RIGAUX, F., Droit international privé, Brussel 1968, nr. 355 ; SKAPSKI, 136 RdC (1972, II), 530. De Sovjet rechtsleer beschouwt de hypothetische rechtsaanduiding als een "Kautchukparagraf der Bürgerlichen Jurisprudenz in der Epoche der Imperialismus" (BECKER, Die Rechtssprechung der Sowjetischen Aussenhandelsschiedskommission, 53).
 - (4) Tsjechoslovaakse Arbitrage-commissie, C. t. Motokov (1954) (Clunet 1956, 450), Steunend op de toenmalige i.p.r.-wet van 1948.

De hypothetische rechtsaanduiding geldt slechts als fictie van de beslechter ; niet als rechtsaanduiding van de partijen.

Zo waren twee Franse en een Joegoslaafse arbiter bereid om de hypothetische rechtsaanduiding, zoals deze door het Duits i.p.r. erkend wordt, aan de hand van objectieve elementen te construeren :

"...étant donné qu'une volonté hypothétique n'est pas perceptible et qu'il est de jurisprudence internationale constante, qu'une telle volonté ne doit être constaté que par l'interprétation de faits objectifs et suffisamment perceptibles en vue du choix d'un droit national applicable pour l'ensemble des relations contractuelles" (1).

Zij bevestigden aldus de opvatting van Sauser-Hall, die meende dat de hypothetische rechtsaanduiding niet door de wil der partijen, maar door de feiten beïnvloed wordt (2).

§ 4. "Qui elegit arbitrum, elegit ius" ?

271. Wanneer partijen niet uitdrukkelijk een recht hebben aangeduid, kiest de rechter het recht vaak volgens het Latijnse adagium "Qui elegit iudicem, elegit ius". Wie zijn rechter kiest, duidt meteen diens recht aan. De rechter steunt zich op "qui elegit iudicem, elegit ius" om de keuze van het materiële recht van het forum te rechtvaardigen. Bij een rechterlijke beslechting heeft een dergelijk beginsel ongetwijfeld zin. Er bestaat een wezenlijke band tussen rechter en recht : de rechter is de levende uitdrukking van het rechtssysteem. In principe moet hij immers het eigen recht aanwenden ; slechts bij uitzondering past hij buitenlands recht toe. Wanneer partijen geen recht hebben aangeduid is het bijgevolg logisch dat de rechter aanneemt dat zij de aanwending van het foraal recht wensen.

"Que elegit iudicem, elegit ius" geldt ook in bepaalde gevallen voor de arbitrage (3). Men kan dan spreken van "qui elegit arbitrum, elegit

(1) I.K.K. nr. 1782.

(2) Ann. I.D.I. 1957, I, 455.

(3) Zie BATIFFOL, H., Les conflits de lois en matière de contrats, Parijs 1938, 131-136 met overzicht van het Engels, Duits, Frans en Zwitsers recht; BATIFFOL, H., Droit international privé, deel II, Parijs 1976, nr. 589 ; CHESHIRE, G., Private International Law,

ius". De keuze van een arbiter houdt tevens de aanduiding van diens recht in.

272. Het meest gemakkelijk lijkt een rechter "qui elegit arbitrum, elegit ius" te aanvaarden indien hierdoor het recht van de rechter voor aanwending in aanmerking komt ; en dit des te meer wanneer bovendien nog andere elementen voor de aanwending van dit foraal recht pleiten.

Zo erkende het Parijse Cour d'Appel dat een Franse arbiter in een Franse arbitrage Frans recht mocht aanwenden op een filmverhuur-overeenkomst, alhoewel deze in Engeland gesloten en in het Engels opgesteld was ; één der partijen was evenwel eveneens Frans (1).

Ook menig Duitse rechter aanvaardde dat Duitse arbiters in een Duitse arbitrage het eigen recht mogen aanwenden indien niet uitdrukkelijk een ander recht aangeduid werd en indien het geschil nog andere banden met Duitsland bezat, bijv. omdat één der partijen Duits was (2).

Meestal was het echter de Engelse rechter die erkende dat de Engelse arbiter krachtens "qui elegit arbitrum, elegit ius" het Engelse recht mocht aanwenden. Hij bepaalde bijv. dat arbiters van de London Corn Exchange, die van partijen moesten beslissen "in the usual way", Engels recht mochten toepassen op een overeenkomst, tussen een Engelse en een Schotse partij, die in Engeland gesloten was en erudiende te worden uitgevoerd (3). Zo ook mochten Engelse arbiters Engels recht aanwenden op een overeenkomst, tussen een Engelse verzekeraar en een verzekerde uit Jersey, die in Engeland moest worden uitgevoerd (4). Op een Spaans-Engelse charterovereenkomst, in Londen gesloten, mochten Engelse arbiters, zetelend te Londen, eveneens hun Engels

.../...

London 1970, 205-207 ; GRAVESON, R., Conflict of laws, Londen 1974, 417-424 ; KEGEL, G., Internationales Privatrecht, München 1971, 257 ; RABEL, E., The conflict of laws ; a comparative study, deel II, Ann Arbor 1960, 387-389 ; RIGAUX, F., Droit international privé, Brussel, 1968, nr. 358.

Duitse Raad voor het Internationaal Privaatrecht, Verslag van de Commissie inzake de verkoop van lichamelijke roerende zaken, Conférence de La Haye de droit international privé, Documents 1956, 234-238 (zie tevens 24 RabelsZ. 1959, 151).

- (1) Beroep Parijs 21 juli 1950, R.C.D.I.P. 1952, 706.
- (2) Zie de rechtspraak, geciteerd bij PLEWTE, Die Schiedsgerichts-abrede, 125-127.
- (3) Hamlyn & Co. v. Talisker Distillery, (1894) A.C. 202.
- (4) Spurrier v. La Cloche, (1902) A.C. 466.

recht toepassen (1).

De Engelse rechter erkent tevens dat Engelse arbiters in Engelse arbitrages Engels recht mogen aanwenden op geschillen, die - behalve de arbitrage - geen band met Engeland bezitten. In N.V. Kwik Hoo Tong Handel Mij. v. James Finlay & Co. Ltd. oordeelde het House of Lords bijv. dat het voldoende was dat een overeenkomst tussen een Javaanse firma en een Schotse maatschappij, met vestiging te Indië, inzake vervoer van goederen van Java naar Bombay, door een Engelse arbiter beoordeeld werd, opdat deze Engels recht zou toepassen (2). In N.V. "Vulkaan" v. A/S J. Ludwig Mowinckels Rederi bevestigde de Engelse rechter dat een overeenkomst tussen een Nederlandse en een Noorse firma door het Engelse recht beheerst wordt, enkel omdat de partijen opteerden voor een arbitrage te Londen door een "umpire", aangeduid door de "Baltic Mercantile and Shipping Exchange" (3). In Tzortzis and Sykias v. Monark Line A/B meende de Engelse rechter dat een verkoop van een schip door een Zweedse aan een Griekse onderneming, getekend in Zweden en Griekenland, door het Engelse recht beheerst wordt omdat de partijen arbitrage te Londen kozen (4).

De Engelse rechter vermoedde trouwens "qui elegit arbitrum, elegit ius" in gevallen waar de arbiter dit vermoeden niet aannam. In Maritime Insurance Company v. Assekuranz Union von 1865 - mbt. een herverzekeringsovereenkomst in Hamburg gesloten tussen een Duitse en een Engelse verzekeraar - oordeelde de King's Bench dat de keuze van arbitrage te Londen een aanduiding van het Engels recht betekende alhoewel de Engelse arbiters, niet het Engelse, maar het Duitse recht hadden aangewend (5).

273. Franse en Duitse rechters erkenden zelfs in enkele gevallen dat keuze van een arbitrage in het buitenland tevens de aanwending veronderstelt van het recht van aldaar ; meestal wijzen dan nog andere elementen naar de aanwending van dit buitenlandse recht.

In de twintiger jaren was de arbitrage-kamer van Straatsburg volgens de Franse rechter gerechtigd om op een Elzas-Franse koop het recht van Elzas aan te wenden. De overeenkomst diende evenwel ook in de Elzas uitgevoerd te worden (6).

(1) Ralli Bros. v. Compania Naviera Sota Y Aznar, (1920) 2 K.B. 287.

(2) (1927) A.C. 604.

(3) 66 Lloyd's Rep., 217.

(4) (1968) 1 Lloyd's Rep., 337.

(5) 52 Lloyd's Rep., 16.

(6) Frans Cass. 8 januari 1924, Clunet 1924, 974.

Een Franse rechter erkende dat de Engelse arbiter Engels recht mocht aanwenden op een Engels-Franse overeenkomst, die weliswaar in Frankrijk gesloten was, maar in Engeland diende uitgevoerd te worden (1).

Een delicaat probleem rees n.a.v. een verkoop tussen twee Franse ondernemingen van arachide, die te Marseille diende geleverd te worden. De overeenkomst, gesloten te Parijs volgens de standaard-overeenkomst van de Liverpool United General Produce Association, voorzag dat deze organisatie in het bezit moest zijn van de stalen der waren en dat zij ook elk eventueel geschil zou arbitreran. De betaling moest in Londen geschieden. De banden met Frankrijk waren talrijker dan deze met Engeland. Niettemin besloot de Franse rechter dat de overeenkomst a.h.w. in Engeland gesloten was en dat de Engelse arbiter derhalve het Engelse recht op de overeenkomst mocht aanwenden (2).

N.a.v. een verkoop van Chileens graan tussen twee Franse ondernemingen, volgens de standaard-overeenkomst van de Londen Corn Trade Association, met levering te Le Havre en betaling te Londen, erkende het Franse Hof van Cassatie dat de Engelse arbiters het Engels recht mochten aanwenden (3).

Het Duitse Bundesgerichtshof erkende dat een charter, door een Australische met een Engelse onderneming gesloten volgens een Engelse standaard-overeenkomst, door Londense maritieme arbiters volgens het Engelse recht beoordeeld mocht worden (4).

274. Wanneer geen uitdrukkelijke rechtsaanduiding aanwezig is erkent de rechter echter niet steeds dat de aanwijzing van een arbiter ook de aanduiding van diens recht omvat. De rechter kan "qui elegit arbitrum, elegit ius" afwijzen indien hierdoor het foraal recht zou uitgeschakeld worden (5). Hij kan dit principe zelfs afwijzen, ook

(1) Hof Douai 23 oktober 1923, Clunet 1924, 389.

(2) Trib. Commerce Marseille 20 december 1922, Clunet 1923, 280. Alhoewel de rechtbank zich enkel uitsprak over de arbitragewet, weerlegde zij de bewering van eiser niet die stelde dat de "lex contractus" de Engelse was.

(3) Frans Cassatie 19 februari 1930, Clunet 1931, 90.

(4) BGH 5 december 1966, AWD 1967, 108. De optie van de Centrocon-Maritieme arbitrage te Londen zou tevens in principe de optie van het Engelse recht insluiten (OLG Hamburg 6 januari 1972, MDR 1972, 429).

(5) Zie RG 19 maart 1929, geciteerd door PLEWE, Die Schiedsgerichtsabrede, 132; OLG Hamburg 12 mei 1961, geciteerd door PLEWE, Die Schiedsgerichtsabrede, 136.

wanneer het juist het foraal recht aanduidt (1). Zo oordeelde het Duitse Reichsgericht :

"Aber dass sich die Parteien (door de benoeming van Duitse arbiters) geeinigt haben und die Entscheidung ihres Streites durch die Schiedsrichter nach deutschem Recht ... hat getroffen werden sollen, ergibt das Schiedsabkommen nicht" (1).

Belangrijk is dat zelfs de Engelse rechter, die steeds meende dat de keuze van een Engelse arbiter op zichzelf - en zonder andere aanknopingen van de overeenkomst met Engeland - een voldoende reden was opdat het Engelse recht de overeenkomst zou regeren, in twee recente uitspraken van de hoogste instantie, het House of Lords, "qui elegit arbitrum, elegit ius" afwees voor gevallen waarin zelfs enige andere band met Engeland bestond (2).

In James Miller & Partners Ltd v. Whitworth Street Estates (Manchester) betrof het een geschil, dat ontstaan was uit een Engelse standaard-overeenkomst, maar ondertekend in Schotland, waardoor een Schotse aannemer verbouwingen zou verrichten aan een Schots gebouw dat toebehoorde aan een Engelse firma. Niettemin oordeelde het House of Lords dat de arbiters, die in Schotland zetelden, Engels recht op de overeenkomst dienden aan te wenden. Wellicht was het relevant dat de partijen in de overeenkomst niet bepaald hadden wie de arbiter zou zijn noch waar de arbitrage moest plaats grijpen. Bijgevolg was het in casu moeilijk om een werkelijke keuze van arbiter - en derhalve van materieel recht - vanwege de partijen te onderkennen (3).

In Compagnie d'Armement Maritime S.A. v. Compagnie Tunisienne de Navigation S.A. hadden de partijen daarentegen wel bepaald dat de arbitrage in Londen moest plaatsgrijpen (4). Een geschil was ontstaan tussen een Franse rederij en een Tunesische onderneming over het vervoer van olie tussen twee Tunesische havens. De overeenkomst was gesloten te Parijs, volgens een Engels standaardformulier. Zij bepaalde dat zij beheerst werd door het recht van de vlag van de schepen, die de olie zouden vervoeren, en die eigendom waren van, of gecharterd werden door de Compagnie d'Armement Maritime. Oorspronkelijk lag het in de bedoeling om hiervoor Franse schepen te gebruiken. Uiteindelijk

(1) RG. 19 november 1929, Int. Jrb. Schw. III, 326, 328. Zie tevens Hof Amsterdam 7 februari 1963, Nederlandse Jurisprudentie, 1963, nr. 197.

(2) Zie noot WYATT, M., 12 Harv. Int. L. J. (1971), 140-153.

(3) (1970) 2 W.L.R. 728.

(4) (1970) 3 W.L.R. 389.

werden echter geen Franse schepen ingezet. Conform met het arbitrage-beding werd een geschil te Londen gearbitreerd. Het Court of Appeal aldaar oordeelde dat dit een voldoende reden was voor de arbiters om het Engelse recht van toepassing te verklaren:

"An express choice of the tribunal is an implied choice of the proper law" (1).

Het House of Lords oordeelde hier echter anders over. De optie voor arbitrage te Londen was een belangrijke, maar geen beslissende aanwijzing. Het feit dat partijen - tegen hun bedoeling in - uiteindelijk geen gebruik maakten van Franse schepen bleek ook irrelevant. Derhalve werd de overeenkomst, zo besloot het House of Lords, beheerst door het (Franse) recht van de vlag, zoals door partijen bedoeld. Zelfs zonder de aanduiding van het recht van de vlag en ondanks de Engelse arbitrage - zo luidt echter een belangrijk dictum - was het Franse recht van toepassing gebleven.

Beide uitspraken bezitten evenwel een beperkte draagwijdte. In James Miller was er geen rechtsaanduiding. De arbiter werd bovendien niet door de partijen aangeduid maar door de Royal Institute of British Architects. De arbiter bleek een Schot te zijn. In Compagnie d'Armement was er daarentegen wel een uitdrukkelijke, zij het onduidelijke, rechtsaanduiding voorhanden ("recht van de vlag"). De hoofdvraag was of deze rechtsaanduiding ontkracht of gewijzigd werd door het onvoorzien inzetten van niet-Franse schepen. Eenmaal hierop ontkennend geantwoord was er naast een uitdrukkelijke rechtsaanduiding geen plaats voor "qui elegit arbitrum, elegit ius". Het dictum van het House of Lords, nl. dat de arbiter ook zonder rechtsaanduiding Frans recht had moeten toepassen, is trouwens eveneens merkwaardig omdat het House of Lords aldus buitenlands recht als geschikte beslechtingsnorm voor een Engelse arbitrage uitriep.

275. Als uiting van een impliciete rechtsaanduiding hoort "qui elegit arbitrum" thuis in dit hoofdstuk (2). Als localisatie-element om de

(1) (1969) 1 W.L.R. 1344 (Lord Denning).

(2) ARMINJON, Ann. I.D.I. 1952, I, 611 ; BATIFFOL, H., noot onder Cour d'appel Parijs 21 juli 1950, R.C.D.I.P. 1952, 710 : "Presqu'un choix exprès" ; CHESHIRE, G., Private international law, Londen 1970, 8ste druk, 206, waar hij in de 5de druk, 215 nog sprak over een "express choice" ; COHN, 16 I.C.L.Q. (1967), 952 ; HAMBRO, E., Autonomy in the international contract law of the Nordic States, 6 I.C.L.Q. (1957), 587-607, 606 ; KLEIN, Considérations, 309 ; MAYENFISCH, D., La clause attributive de juridiction et la clause arbitrale dans les contrats de vente à caractère international, Lausanne 1957, 80 ; MEZGER, E., 24 RechtsZ. (1959), 249 ; MEZGER, noot onder Frans Cass. 17 oktober 1961, R.C.D.I.P., 1962, 135 ; NEUHAUS, P., Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts, Berlijn 1962, 175 ; SANDERS, N.T.I.R. 1956, 226-227 ; VAN HECKE, G., Problèmes juridiques des emprunts internationaux, Leiden 1955, 46 ; VISCHER, F., Internationales Vertragsrecht, Bern 1962, 71-72.

overeenkomst, waarin het compromissoir beding voorkomt, te situeren in een rechtssysteem komt "qui elegit arbitrum" verder ter sprake (1).

Is voor de arbitrale rechtskeuze luidens "qui elegit arbitrum, elegit ius" evenwel de nationaliteit van de arbiters of de arbitrale zetel relevant? De kaarten liggen immers anders bij de arbiter dan bij de rechter. De rechter bezit de nationaliteit van de plaats waar hij zetelt. Door "qui elegit iudicium, elegit ius" wordt derhalve niet alleen het recht van de rechter, maar meteen het recht van de plaats der beslechting gekozen. Bij de transnationale handelsarbitrage bezitten de arbiters daarentegen meestal niet de nationaliteit van de zetel der arbitrage. Meestal bezitten de arbiters trouwens geen zelfde nationaliteit. Wordt door "qui elegit arbitrum, elegit ius" dan het recht van de arbiter(s) of van de zetel bedoeld? Het antwoord op deze vraag - alsmede de prealabele vraag, of "qui elegit arbitrum" geldt - hangt grotendeels af van de context en de structuur van de arbitrale beslechting.

276. Talrijke vermoedens pleiten ervoor dat de partijen, die een arbiter opdroegen een geschil te beslechten, zonder te specificeren welk recht hij moet aanwenden, bedoelen dat de arbiter zijn eigen recht maar dient toe te passen. De aanduiding van een arbiter kan ook de aanduiding van diens recht inhouden omdat de arbiter eenvoudigweg geen ander recht kon toepassen.

Rotterdamse arbiters kunnen "doch wohl nur das in Rotterdam geltende Recht" aanwenden (2). Van arbiters der Hamburgse Beurs kan men "vernünftigerweise gar nichts anders erwarten" dan dat zij volgens Duits recht zullen oordelen (3). "Englishmen in the City of London ... can only be conversant with English law" (4). Een Engelse arbiter "knew a good deal about English law and probably very little about Swedish

(1) Zie nr.

(2) OLG Stuttgart 8 februari 1894, geciteerd door PLEWE, Die Schiedsgerichtsabrede, 125.

(3) OLG Hamburg 29 oktober 1958, AVD 1958, 249.

(4) N.V. Kwik Hoo Tong Handelsmaatschappij v. James Finly & Co. Ltd., (1927) A.C. 604, 608.

law" (1).

Men kan verdedigen dat niet-juristen, die als arbiter optreden, eerder het eigen materiële recht zullen aanwenden en dat men van hen niet mag verwachten dat zij buitenlands recht of zelfs i.p.r. zouden kennen (2).

Men kan evenwel onmogelijk als regel stellen dat de partijen impliciet het recht der arbiter aangeduid hebben en de arbiter bijgevolg verplicht zou zijn zich aan dit aangeduide recht te houden.

Partijen, die een specialist van i.p.r. als arbiter aanduiden, zien doorgaans diens specialiteit niet over het hoofd. De keuze van dergelijke arbiter betekent derhalve niet dat de partijen dergelijke arbiter willen verplichten zich bij het eigen materiële recht te houden en geen i.p.r. te beoefenen (3). Bij de aanduiding van twee arbiters, elk van de nationaliteit van één der partijen, die dan samen een derde arbiter aanwijzen (meestal van een derde nationaliteit), werd deze laatste niet door de partijen gekozen. In dit geval is het moeilijk te beweren dat partijen het recht van deze arbiter impliciet hebben aangeduid. Uiteraard is "qui elegit arbitrum, elegit ius" in deze hypothese ook niet van toepassing voor de twee oorspronkelijke arbiters, vermits deze geen gemeenschappelijk recht bezitten.

-
- (1) Tsorzis and Sykias v. Monark Line A/B, (1968) 1 Lloyd's Rep. 341. Zie tevens (1968) 1 Lloyd's Rep. 30, 35.
 - (2) Zie DEELEN, Rechtskeuze 140 ; PLEWE, Die Schiedsgerichtsabrede, 111-112 ; SANDERS, N.T.I.R. 1956, 226-227 ; VISCHER, F., Internationales Vertragsrecht, Bern 1962, 71-72 ; WOLFF, M., Private international law, Londen 1962, 437. In de Alsing-arbitrage waren partijen erover akkoord dat de Zwitserse arbiter Grieks recht diende toe te passen. De arbiter beperkte evenwel de draagwijdte van deze aanduiding : "They would, however, wish to limit the scope of application of this law "to the legal provisions, specific and unquestioned" as the umpire could not be called upon to settle controversial questions in the doctrine and the jurisprudence of the country" (23 I.L.R. 637).
 - (3) DEELEN, Rechtskeuze 141.

Het vermoeden van "qui elegit arbitrum, elegit ius" berust trouwens op een wankelende grondslag. Bij internationale overeenkomsten, zonder arbitragebeding, duiden de partijen meestal het aan te wenden recht aan. Er is geen reden om te stellen dat partijen, wanneer zij tevens in deze overeenkomst een arbitragebeding inlassen, elke rechtsaanwijzing overbodig achten en impliciet het recht van de arbiter of van de arbitrale zetel aanduiden (1). Integendeel, bij de arbitrage lijkt een rechtsaanduiding meer gewenst om het vermoeden de kop in te drukken dat de arbiter steeds moet oordelen volgens de billijkheid, de handelsgebruiken of de algemene rechtsbeginselen. De vraag "qui elegit arbitrum" is dermate onzeker dat een voorzichtige partij, die het recht van de arbiter of van de arbitrale zetel als beslechtingsnormen voor ogen heeft, het niet zou nalaten dit recht uitdrukkelijk aan te duiden. Derhalve lijkt het vaak kunstmatig om bij gebrek aan uitdrukkelijke rechtsaanduiding te aanvaarden dat de partijen impliciet het recht der arbiters kozen. Men mag ook niet vergeten dat de partijen in sommige gevallen geen recht aanwezen omdat zij het hierover niet eens konden worden (2). In deze hypothese zou het onredelijk zijn om "qui elegit arbitrum" toe te passen.

277. Een aanduiding van recht kan in bepaalde gevallen ook afgeleid worden uit de gekozen arbitrage-instelling (3). De arbitrage-instelling kan evenwel gekozen zijn omwille van de eenvoud en de snelheid der beslechting en het juiste oordeel der arbiters ; niet omdat partijen het recht van deze instelling toegepast wilden zien.

In nationale bedrijfssectoriële arbitrage-instellingen blijkt een

(1) PLEWE, Die Schiedsgerichtsabrede, 110.

(2) FOUCHARD, Arbitrage, nr. 541. Zie tevens de Sapphire t. NIOC : "It is quite clear from the above that the parties intended to exclude the application of Iranian law. But they have not chosen another positive legal system and this omission is on all evidence deliberate" (13 I.C.L.Q. (1964), 1015).

(3) WOLFF, M., Private international law, Oxford 1962, 437. SCHOTTELIUS, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, 51.

gevestigde praktijk aanwezig om volgens het eigen recht te oordelen (1). Het klassieke voorbeeld, dat de rechtsleer aanhaalt en dat het meest door de rechtspraak bevestigd wordt, is de London Corn Trade Association. Hiervan wordt algemeen aanvaard dat haar arbiters volgens het eigen, Engelse recht moeten oordelen en dat partijen, door de arbitrage aan deze instelling toe te vertrouwen, tevens het Engelse recht aanduiden (2). Ook Engelse maritieme arbiters oordelen (doorgaans) volgens het eigen recht (3). Uit een eigen onderzoek bij de Antwerpse Verzoenings- en Arbitragekamer van Granen en Zaden bleek dat de Antwerpse arbiters, voor zover bekend, nooit in een transnationaal geschil ander recht dan het Belgisch hebben aangewend en dat zij zich zelfs nooit het probleem der rechtskeuze gesteld hebben.

Ook bij gevestigde nationale arbitrage-instellingen, die niet uitsluitend aan één bedrijfssector gebonden zijn, lijkt het "qui elegit arbitrum" doorgaans aanvaard. Zo is de London Court of Arbitration geacht volgens het eigen recht te oordelen (4). Arbiters der Hamburger freundschaftliche Arbitrage bepaalden meermaals dat zij het Duitse recht en de "Hamburger Platzusancen" toepasten vermits de

-
- (1) Zie bijv. DEELEN, Rechtskeuze, 141-142 ; SANDERS, N.T.I.R. 1956, 226-227 en de aldaar geciteerde uitspraken.
 - (2) Zie bijv. Hamlyn & Co v. Talisker Distillery, (1894) A.C. 202 ; ARMINJON, Ann. I.D.I. 1952, I, 611 ; DE BAAT, M., WPNR 4512, 468 ; LALIVE, 120 RdC (1967, I), 662.
 - (3) Zie bijv. Ralli Bros. v. Compania Naviera Sota Y Asnar, (1920) 2 K.B. 287 ; BGH 5 december 1966, AWD 1967, 108 ; OLG Hamburg 6 januari 1972, MDR 1972, 429 ; Hof Den Haag 12 april 1956, N.J. 1956, nr. 547 ; N.V. Kwik Hoo Handelsmaatschappij v. James Finlay & Co. Ltd., (1927) A.C. 604 ; N.V. Vulcaan v. A/S J. Ludwig Mowinckels Rederi, 66 Lloyd's Law Reports 217 ; (1938) 2 All. E.R. 152.
Contra evenwel Compagnie d'Armement Maritime S.A. v. Compagnie Tunisienne de Navigation S.A., (1970) 3 W.L.R. 389 ; zie tevens: Rb. Haarlem 3 maart 1970, N.J. 1970, nr. 235.
 - (4) SANDERS, N.T.I.R. 1956, 226.

partijen geen recht uitdrukkelijk hadden aangeduid (1). Een delica-
ter probleem is "qui elegit arbitrum" in de praktijk der Arbitrage-
commissies der Oostblok-landen (2). Dit principe leek het sterkst
in trek bij de Tsjechoslovaakse Arbitrage-commissie (3). Heden zou
het er echter niet meer gelden (4). Ook de Joegoslafse (5), Bul-
gaarse (6) en Sovjet-Russische (7) Arbitrage-commissies hebben wel-
eens het eigen recht als beslechtingsnorm aangewend omdat dit het
recht was van de Arbitrage-commissie, waarvoor partijen geopteerd
hadden. Heden lijken evenwel de Arbitrage-commissie van de U.S.S.R.
(8), van Hongarije (9) en de D.D.R. (10) het principe "qui elegit
arbitrum" af te wijzen.

In 1956 stelde de Duitse Raad voor Internationaal Privaatrecht voor

- (1) HSG uitspraken 17 mei 1962, D 3 a 1 ; 24 december 1963, D 3 a 2 ;
2 december 1968, D 3 a 3 ; 30 januari 1969, D 1 c 4.
- (2) Zie SZASSY, I., *The proper law of the contract in trade between
Eastern Europe and the West : the position of East European Sta-
tes*, 18 I.C.L.Q. (1969), 103-128 ; 117-118.
- (3) Zie bijv. uitspraken 14 augustus 1953, Clunet 1956, 453 ; 1 maart
1954, Clunet 1956, 468, 470.
- (4) Brief van de Secretaris van de Arbitrage-commissie aan schrijver
dezes (5 december 1975).
- (5) Arbitrage-uitspraken (1958 en 1959) zie MITROVIC, D., *Jugosla-
wische Rechtsprechung zum internationalen Privatrecht 1956-1959*,
27 RabelsZ. (1962), 136-153, 143; LEW, Arbitration Journal 1973,
41-42 ; VARADY, Jug. Rev. Med. Pravo 1970, 353-354.
- (6) Uitspraak 16 : 64 ; Clunet 1967, 169.
- (7) Zie bijv. Raznoimport t. Musalla, C.A.C. nr. 18 ; Comptoir de Bois
t. Exportles, C.A.C. nr. 131. BECKER, Die Rechtsprechung der
Sowjetischer Aussenhandelsschiedskommission, 57 ; LUNZ, Clunet
1973, 107 ; PFUHL, E., Die Aussenhandels- und Seearbitrage der
UdSSR, Berlijn 1953, 26-27.
- (8) Zie BRATOUS, Rev. Arb. 1977, 187 ; ROMAN, Law & Pol. Int'l Bus.
1975, 1148.
- (9) SZASSY, I, art. cit., 118. Zie uitspraak van het Hongaarse
Hoogste Hof maart 1964, Clunet 1973, 468.
- (10) Zie SZASSY, I, art. cit., 117-118.

om een alinea toe te voegen aan art. 2 van het Verdrag van Den Haag nopens de op de internationale koop van roerende lichamelijke zaken toepasselijke wet. Hierin werd bepaald dat een nationale arbitrage-instelling steeds het eigen materieel recht zou moeten aanwenden, indien de partijen geen ander recht aangeduid hebben :

"Si les parties stipulent la compétence ... d'un tribunal arbitral national permanent, la loi applicable au contrat sera la loi interne du pays où ... le tribunal arbitral a son siège, sous la réserve qu'il n'en ait pas été convenu autrement" (1).

Dit voorstel vond echter geen steun en verzeilde naar de vergeethoek (2). In een tegenvoorstel op Sauser-Halls resolutie-ontwerp stelde Arminjon :

"Si les parties n'ont pas exercé cette faculté (rechtsaanduiding) et si elles ont saisi de leur différend une institution permanente qui règle tous les litiges portés devant elle conformément à la même loi (comme la Liverpool Cotton Association), ce fait révélerai leur intention de se soumettre à cette loi" (3).

Dit voorstel genoot evenmin bijval.

278. Bij de "ad hoc"-arbitrage lijkt "qui elegit arbitrum" nog minder relevant. Van de "ad hoc"-arbiter zijn meestal geen precedents bekend waaruit blijkt dat hij voordien reeds volgens het eigen recht besliste. Bijgevolg is het meestal uitgesloten om een impliciete rechtsaanduiding te steunen op vroegere uitspraken van de "ad hoc"-arbiter. De overeenkomst wordt anderzijds minder gemakkelijk in een rechtsorde gelocaliseerd door de aanduiding van "ad hoc"-arbiters dan door de keuze van een arbitrage-instelling, die in het bestel van het land geworteld is. De "ad hoc"-arbiter wordt trouwens meestal eerder omwille van zijn onpartijdigheid en inzicht dan omwille van zijn kennis van het eigen recht gekozen. Enige aanwijzing voor een impli-

(1) Conférence de La Haye, Documents relatifs à la huitième session (1956), 238.

(2) Conférence de La Haye, Actes relatifs à la huitième session (1956), 39.

(3) Art. 7, Ann. I.D.I. 1952, I, 611.

ciete rechtsaanduiding zou echter m.i. wel blijken uit de keuze van een volkenrechtsgeleerde als arbiter voor een arbitrage tussen een staat en een buitenlandse investeerder : door een arbiter te kiezen, die eerder met het internationaal dan met een nationaal recht vertrouwd is, zouden de partijen hun bedoeling uiten om het geschil volgens de normen van het internationaal recht beslecht te zien. De persoon van de "ad hoc"-arbiter lijkt in elk geval een indicatie voor een rechtsaanduiding indien alle "ad hoc"-arbiters, die de partijen zich uitkiezen, in eenzelfde rechtsorde thuis horen (1).

In de arbitrage tussen Petroleum Development (Trucial Coast) en de Sjeik van Abu Dhabi bevestigde de Engelse "ad hoc"-arbiter dat zijn persoon evenwel geen reden was om het Engels recht aan te wenden.

"Nor can I see any basis on which the municipal law of England would apply" (2).

De zetel van de "ad hoc"-arbitrage heeft weinig belang als impliciete rechtsaanduiding. Zelfs al hebben de partijen deze plaats zelf uitgekozen, dan worden zij meestal eerder gedreven door overwegingen van pragmatische aard (land waar de meeste arbiters wonen ; land waar het meeste bewijsmateriaal is ; "neutraal" gebied ; bepaalde faciliteiten van dat land, enz.) dan door een streven om het materieel recht van dit land aangewend te zien.

279. De arbitrage van de I.K.K. kan met de "ad hoc"-arbitrage vergeleken worden. Alhoewel de zetel van de I.K.K. te Parijs is, is haar arbitrage niet met Frankrijk verbonden (3). Arbiters van allerlei nationaliteit kunnen zetelen in een I.K.K.-arbitrage, die bovendien overal kan plaatsgrijpen. Indien niet de partijen, maar het Hof van Arbitrage bepaalt wie de arbiters zullen zijn en waar zij moeten zetelen, kan uit deze keuze uiteraard geen impliciete rechtsaanduiding

(1) PLEWE, Die Schiedsgerichtsabrede, 105.

(2) 1 I.C.L.Q. (1952), 251.

(3) Zie nr. 85.

vanwege partijen afgeleid worden (1). Hetzelfde geldt voor de keuze van de derde arbiter door de twee oorspronkelijke arbiters en voor de plaats van de arbitrage, die door deze arbiters uitgekozen werd. Bij de arbitrage der I.K.K. kan "qui elegit arbitrum" slechts gelden wanneer beide partijen gezamenlijk één arbiter, of arbiters van éénzelfde nationaliteit, aanduiden (2). Eveneens wanneer partijen in de overeenkomst de plaats der arbitrage bepaalden (3). Het gebeurt echter wel eens dat een arbiter, die niet door de partijen uitgekozen werd, zonder meer zijn eigen recht aanwendt (4). Nog

-
- (1) Zie DEELEN, Rechtskeuze, 143 ; EISEMANN, 15 I.C.L.Q. (1966), 732 ; PLEWE, Die Schiedsgerichtsabrede, 135 ; R.A., La Cour d'arbitrage de la C.C.I.. Détermination de la loi applicable au contrat international, Econ. Intern. maart 1933 (geciteerd door FOUCHARD, Arbitrage, nr. 567) ; SANDERS, N.T.I.R. 1956, 228.
- (2) Zie bijv. I.K.K. nr. 2087 waar een Zwitserse en een Franse firma een Zwitser als enige arbiter kozen : "Le fait que les parties se soient, après l'ouverture de la procédure arbitrale, entendues pour désigner un arbitre de nationalité suisse et domicilié en Suisse peut au surplus être également retenu comme une confirmation de volonté de voir appliquer le droit suisse". Over de keuze der partijen om de arbitrage te Zürich te laten plaatsgrijpen, besloot de arbiter : "En outre, le choix du for à Zürich doit être interprété en ce sens qu'il implique comme droit applicable le choix de la "lex fori" (cf. ATF 1968 II 365). Cette présomption confirme une pratique très répandue dans le commerce international (cf. Frank Visscher Droit international privé, Fribourg, 1974, p. 176, ch. 2 lit. a)".
- Zie tevens I.K.K. nr. 2378 waar twee Iraanse partijen Iraanse arbiters aanduiden en nr. 2288 waar een Duitse en een Italiaanse onderneming Zwitserse arbiters aanduiden en in de arbitrage-overeenkomst met hen tevens bedongen dat het Zwitserse recht van toepassing zou zijn.
- I.K.K. nr. 2318 waar een Italiaanse en een Amerikaanse onderneming Zwitserse arbiters aanduiden en partijen in de arbitrage-overeenkomst bevestigden dat het Zwitsers recht van toepassing was.
- I.K.K. nr. 2520 waar drie Tsjechoslovaakse ondernemingen en een Italiaanse onderneming Franse arbiters kozen. Ook de derde-arbiter was een Fransman. Het Franse recht werd aangewend.
- (3) Uitspraak geciteerd door FOUCHARD, Arbitrage, nr. 569, p. 390 ; Tribunal Seine 7 juni 1956, J.C.P. 1956. II, 9460.
- (4) Zo lijkt een Belgische arbiter, door de I.K.K. zelf aangeduid, in I.K.K. nr. 2247, zonder rechtvaardiging het Belgische recht toe te passen in een arbitrage tussen een Franse en een Duitse onderneming.

gebruikelijker is het dat de arbiters het recht van de derde-arbiter, die niet door de partijen gekozen is, aanwenden, vooral indien ook één der overige arbiters tot hetzelfde rechtssysteem behoort (1). Een dergelijke rechtskeuze kan evenwel nooit steunen op de persoon van de derde-arbiter, die niet door de partijen zelf, maar door de door hen gekozen arbiters werd uitgekozen.

280. Wanneer de arbiters tot verscheidene rechtssystemen behoren of in het buitenland arbitreren is het niet gemakkelijk om het recht aan te tonen dat de partijen, door de aanstelling van de arbiters, zouden gekozen hebben. Bovendien druist het vaak tegen een correcte rechtspraak in dat in een transnationaal geschil arbiters - vaak buitenlanders die juist om hun niet-betrokkenheid met het geschil werden gekozen - het eigen recht zouden aanwenden voor de beslechting van dit geschil dat geen band met hun rechtsorde bezit. Om deze redenen heeft "qui elegit arbitrum, elegit ius" slechts een beperkte draagwijdte. Anderzijds echter vergt het van de arbiter meer nauwkeurigheid en nadenken om volgens een hem vreemd recht te beslechten dan volgens het eigen recht. Het is uiteraard niet uitgesloten dat de arbiter, ook al weze hij een uitstekend jurist, ernstige fouten begaat bij het aanwenden van het buitenlands recht (2). Derhalve lijkt het aangewezen

-
- (1) Zie bijv. I.K.K. nr. 1736 waar een Tsjechoslovaakse en een Duitse partij een arbiter van hun nationaliteit aanduiden. De derde-arbiter, alsook het aangewend recht waren Frans ; I.K.K. nr. 2404 waar de Belgische partij een Franse arbiter en de Roemeense onderneming een Roemeense arbiter koos. Beide arbiters kozen een Zwitserse jurist, die in Parijs gevestigd was, als derde-arbiter. Het Franse recht werd aangewend.
 - (2) Een tekenend voorbeeld hiervan is I.K.K. nr. 2168, inzake een geschil tussen een Joegoslaafse onderneming en Zwitserse, Oostenrijkse en Zweedse firma's, waarin de partijen voor de aanwending van het Zwitserse recht geopteerd hadden. De Nederlandse en de Joegoslaafse arbiter werden evenwel in hun uitspraak niet gevolgd door de Zwitserse arbiter. Deze, een vooraanstaand magistraat, toonde in een "dissenting opinion" van dertien pagina's, en rijk gestoffeerd met Zwitserse rechtspraak en rechtsleer, aan dat de uitspraak die de Nederlandse en Joegoslaafse arbiter hadden geveld volgens het Zwitserse recht, strijdig was met de inhoud van dit recht.

dat de arbiter, indien mogelijk, zijn eigen recht zou aanwenden. Zo nodig kan hij in de arbitrage-overeenkomst laten bedingen door partijen dat zij de arbiter toelaten te beslechten volgens een rechtssysteem dat hem niet vreemd is. Talrijke arbitrage-overeenkomsten voor beslechting bij de I.K.K. vermelden trouwens een dergelijk akkoord tussen partijen en arbiters (1).

"Qui elegit arbitrum, elegit ius" heeft slechts een beperkte betekenis voor de arbitrale rechtskeuze ; - en dit ongeacht of de keuze de arbiter of van de arbitrale zetel als uitgangspunt geldt. Het ontwerp van resolutie, opgesteld door het Institut de Droit International, bevestigde dit wat de arbitrale zetel betrof :

"Le droit du lieu où siège le tribunal arbitral ne s'applique pas nécessairement au fond du litige" (2).

Deze zin werd uiteindelijk als overbodig uit de resolutie weggelaten (3).

-
- (1) Bijv. I.K.K. nr. 704, waarin een Joegoslaafse en een Indische onderneming een Belgische arbiter aanstellen en tevens voor het Belgische recht opteren in de arbitrage-overeenkomst. Uitspraak I.K.K. nr. 2318 waarin een Californische en een Italiaanse onderneming Zwitserse arbiters aanstellen en voor het Zwitserse recht opteren. Dit is evenwel niet steeds het geval. In I.K.K. nr. 2334 kozen een Amerikaanse en een Egyptische onderneming bijv. Franse arbiters. Deze dienden evenwel het Egyptische recht toe te passen.
- (2) Ann. I.D.I. 1952, I, 476 en 597.
- (3) Op voorstel van Makarov, Ann. I.D.I. 1952, I, 487-488.

HOOFDSTUK II

RECHTSKEUZE DOOR DE ARBITERS : DE ARBITRALE KIESREGELS

281. Uit het vorige hoofdstuk bleek dat de arbiters de rechtsaanduiding van partijen bij een jurisdictionele opvatting van de arbitrage steeds (1), en bij een contractuele opvatting soms (2) aan een i.p.r. moeten toetsen. Vaak verzuimden de partijen echter om een recht aan te duiden. Bovendien zijn er materies, waarvoor geen rechtsaanduiding mogelijk is (3). De arbiters moeten dan zelf het aan te wenden recht kiezen. Een rechtsaanduiding lost trouwens ook niet alle problemen op. Een rechtsaanduiding betreft in principe slechts de materieelrechtelijke beslechtingsnormen. De regels inzake het bewijs, de verjaring, het toekennen van intresten, de munteenheid waarin de veroordeling uitgedrukt wordt, situeren zich daarentegen in het grensgebied tussen procedurerecht en materieel recht. Kan de arbiter geschillen hieromtrent oplossen volgens het aangeduide (materieel) recht ; of moet hij hiervoor het procedurerecht van de arbitragewet volgen ? Tenslotte bevatten de talrijke rechtsorden, die door de transnationale handelsovereenkomst geraakt worden, dwingende rechtsnormen, welke de essentiële waarden van het eigen rechtssysteem vertolken. Zijn - naast de dwingende normen van het aangeduide recht - ook andere dwingende normen van toepassing op de overeenkomst ? De arbiter kan dergelijke problemen slechts oplossen aan de hand van kiesregels, zoals deze in het i.p.r. bestaan.

De kiesregels zijn het geheel van beginselen om het rechtssysteem te vinden waaruit de beslechtingsnormen geput moeten worden. Deze kiesregels bestaan uit kwalificatieregels, uit algemene verwijzingsregels

(1) Zie nrs. 262-267.

(2) Zie nr. 258.

(3) Zie nr. 263.

en uit specifieke kiesregels. De eerste laten toe een rechtsprobleem te kwalificeren om het in één der probleemgebieden ("overeenkomst", "onrechtmatige daad", "procedure" enz.) te situeren. De tweede maken mogelijk om de naam van het rechtssysteem te vinden dat dit probleemgebied in het algemeen regelt. De derde nopen er soms toe om de beslechtingsnormen toch niet uit het aldus gevonden rechtssysteem, maar uit een ander rechtssysteem te putten.

Indien er slechts universele kiesregels bestonden, welke door elke rechter toegepast worden, was er geen probleem : ook de transnationale handelsarbiter zou deze kiesregels moeten aanwenden als instrument om het geschikte rechtssysteem te vinden. In werkelijkheid heeft elk rechtssysteem evenwel zijn eigen kiesregels, vervat in het eigen internationaal privaatrecht ; internationaal qua voorwerp maar nationaal qua inhoud. Derhalve kan voor een geval de rechtskeuze verschillen alnaar voor de rechtskeuze het ene of het andere i.p.r. systeem aangewend werd.

282. Hoe de rechter het recht kiest werd haarscherp geanalyseerd door arbiters van de I.K.K. :

"Normally, the determination of the applicable law requires the taking of two steps : first, the tribunal must determine to which body of law it must refer in order to find the applicable choice-of-law-rules : and second, it must determine the content of the applicable choice-of-law rule. In national tribunals the first step usually creates no problems, for national tribunals tend universally to apply the choice-of-law rules prevailing at the forum. In those tribunals the determination of the content of choice-of-law rule is therefore the principal object of judicial consideration" (1).

De rechter steunt de rechtskeuze op de kiesregels van het i.p.r. dat behoort tot het nationaal rechtssysteem waarvan hij deel uitmaakt. Voor de transnationale handelsarbiter blijft de eerste stap evenwel nog te zetten : waar kan hij de kiesregels vinden om het toepasselijk recht op het spoor te komen ? Moet hij deze van een nationaal i.p.r. overnemen, met het gevaar dat zijn rechtskeuze niet algemeen aanvaard wordt ?

(1) I.K.K.nr. 2064.

Of moet hij eigen, universele kiesregels verwoorden ? Het zoeken naar de kiesregels, deze "rechtsvinding in de tweede graad", wordt het voorwerp van dit hoofdstuk.

De arbiter, die een leidraad voor zijn rechtskeuze zoekt in het Europees Verdrag, wordt teleurgesteld. Art. VII van dit Verdrag bepaalt slechts : de arbiters passen "de wet toe aangewezen door de conflictenregel die zij ter zake passend achten". Deze formulering lijkt een dooddooener. Nergens laat het Verdrag blijken hoe de arbiter de conflictenregel - nl. de kiesregel - kan vinden. In feite was de geciteerde bepaling een capitulatie vanwege de ontwerpers voor de moeilijkheden - ja zelfs de onmogelijkheid - om het onder elkaar eens te worden. De enen beweerden dat de arbiter een nationaal i.p.r. moest aanwenden ; anderen, dat hij universeler, zelf gevonden kiesregels diende toe te passen. Om een einde aan de discussie te stellen, werd art. VII zo vaag geformuleerd dat ieder er zijn eigen opvatting in kon terugvinden. De tekst werd dan ook met eenstemmigheid aangenomen (1). Hij biedt de arbiter, die zich afvraagt welke kiesregels hij moet aanwenden, echter geen steun.

Ook enkele arbitragereglementen verkozen een vage richtlijn, waarover iedereen akkoord kan gaan, boven een precieze aanduiding, waarmee enkelen het niet eens zouden zijn (2).

283. De discussie tussen degenen, die verdedigen dat de arbiter het i.p.r. van een bepaald nationaal recht moet overnemen, en zij, die pleiten voor een grotere vrijheid van de arbiter bij het vinden en verwoorden van de kiesregels, stelt de problematiek der arbitrale rechtskeuze op zijn scherpst. Beide kampen vinden munitie in een arsenaal van arbitrale uitspraken. Deze tegengestelde opvattingen zijn de polen waar rond dit hoofdstuk geconstrueerd is. Enerzijds rijst de vraag in welke

(1) KOPELMANAS, Rev. Trim. Dr. Com. 1957, 895.

(2) E.C.E. arbitragereglement, art. 38 : "the law under the rule of conflict that the arbitrators deem applicable".
 - I.K.K. arbitragereglement, art. 13.3 : "The proper law by the rule of conflict which he deems appropriate".
 - Ontwerp Uncitral-arbitragereglement, art. 27 : "the law determined by the conflict of law rules that the arbitrators deem applicable".

transnationale handelsarbitrages het i.p.r. van een bepaald land overgenomen werd door de arbiters en wanneer de arbiters dit - althans volgens de auteurs - zouden moeten doen (§ 1). Anderzijds kan men zich afvragen in welke mate de transnationale handelsarbiter - zowel wat de arbitrage-theorie als de -praktijk betreft - een systeem van anationale en universele kiesregels moet verwoorden en aanwenden (§ 2).

§ 1. De overname van een nationaal i.p.r.

284. Talrijke auteurs menen dat de arbiter geen eigen kiesregels mag scheppen, maar enkel deze van een nationaal i.p.r. mag overnemen. Volgens welk criterium de arbiter dit i.p.r.-systeem kan vinden, is echter betwist. Van redelijke arbiters mag men weliswaar niet anders veronderstellen dan dat zij een i.p.r.-systeem kiezen van een land, dat objectieve banden met de arbitrale beslechting bezit (1). Meerdere landen komen hiervoor echter in aanmerking. De arbiter moet bijgevolg kiezen uit een waaier van mogelijkheden. De verscheidene alternatieven, die de rechtsleer voorstaat, worden eerst besproken (A).

Uit de arbitrale praktijk blijkt echter dat de arbiters doorgaans enkel bij arbitrages, die duidelijk gelocaliseerd zijn, het nationaal i.p.r. aanwenden van het land, waar de beslechting gelocaliseerd is (B).

A. Theoretische alternatieven

285. De auteurs stellen verscheidene criteria voor om het nationaal i.p.r., waaraan de handelsarbiter gebonden zou zijn, te vinden. De variatie in hun theorieën ontnemt aan de partijen alle zekerheid en voorspelbaarheid bij de arbitrale rechtskeuze. Weinig auteurs hebben de impuls, die hen tot stellingsname dreef, trouwens omgezet in een uitgewerkte theorie. Van de verschillende mogelijkheden, die zij vooropstellen - ongestaafde beweringen zowel als gemotiveerde stellingen - is geen enkele onaanvechtbaar.

(1) MONACO, N.T.I.R. 1962, 337.

1. Het i.p.r. door partijen aangeduid of het i.p.r. der "lex contractus"

286. Partijen kunnen het aan te wenden recht aanduiden. Het is dan de bedoeling dat de beslechtingsnormen in de mate van het mogelijke geput worden uit dit recht. Deze aanduiding beduidt in de regel niet dat zij ook het i.p.r. van dit recht aangewend willen zien (1). Uit elke rechtsaanduiding mag men bijgevolg geen aanduiding van het aan te wenden i.p.r. afleiden.

Soms bepalen partijen uitdrukkelijk in de overeenkomst tot arbitrage, in de arbitrage-overeenkomst of tijdens de arbitrale debatten volgens welk nationaal i.p.r. het recht gevonden moet worden om geschillen inzake deze overeenkomst te beslechten. Welk gevolg heeft een dergelijke aanduiding van i.p.r. ? Bij arbitrages, waarin de jurisdictionele dimensie primeert (2), hebben de partijen niet de mogelijkheid om voor de arbiter - evenmin als voor de rechter - het i.p.r. aan te duiden. In de regel moet men de arbitrage echter contractueel benaderen (3). Het is de contractuele opdracht van de arbiter om geschillen, waarover de partijen een dading kunnen aangaan, te beslechten volgens het recht dat de partijen hem aangeduid hebben. Zo ook is het de contractuele opdracht van de arbiter om voor deze geschillen het recht te kiezen volgens het i.p.r. dat de partijen hem geldig hebben aangewezen in de overeenkomst tot arbitrage, in de arbitrage-overeenkomst of vóór de arbiters.

Het gebeurt ook dat de partijen in de litigieuze overeenkomst bepalen volgens welk i.p.r. het recht moet gevonden worden om geschillen inzake de overeenkomst te beslechten (4).

(1) Zie bijv. BATIFFOL, H., Droit international privé, deel I, Parijs 1974, nr. 311 ; FOUCHARD, Arbitrage, nr. 544-545 ; GOLDMAN, 109 RdC (1963, II), 465 ; GOLDMAN, Le droit applicable selon la Convention de la B.I.R.D., 149.

(2) Zie nr. 265.

(3) Zie nr. 255.

(4) Bijv. in overeenkomsten tussen U.S. en Sovjet ondernemingen werd het Zweeds i.p.r. aangeduid (HOLTZMANN, H., Arbitration in East-West Trade, 9 Intern. l. Lawyer (1975), 77-100, 95.

Een aanduiding van i.p.r. in de litigieuze overeenkomst lijkt voor de arbiter niet bindend. Door een i.p.r. in de litigieuze overeenkomst aan te duiden, willen partijen bepalen welk recht op deze overeenkomst, en bijgevolg ook op de aanduiding van toepassing is. Kortom, het aangeduide i.p.r. moet gelding geven aan het contractueel be- ding, waardoor het zelf aangeduid werd. Aldus verzeilt men in een steriele kringredenering (1). Men kan evenmin stellen dat de aandui- ding van het i.p.r. kan gelden krachtens het i.p.r., dat de arbiter normalerwijze toepast. Het i.p.r., dat voor elke rechtsprobleem het regelend nationaal recht wil aanwijzen, ruimt weliswaar een beperkte plaats in voor de wilsautonomie. Het lijkt evenwel uitgesloten dat het partijen toelaat om een ander i.p.r.-systeem aan te duiden zodat het zelf niet meer van toepassing is.

287. Evenmin mag men aannemen dat de "lex contractus", die niet door rechtsaanduiding gevonden werd, ook het i.p.r. kan leveren (2). Deze "lex contractus", die niet door de partijen aangeduid is, werd immers zelf gevonden door een i.p.r.. Dit i.p.r. verwijst enkel naar het ma- terieel recht, en niet naar een ander i.p.r. (3).

2. Het i.p.r. dat de arbiters eigen is of dat door het arbitrageregle- ment werd aangeduid

288. Het principe "qui elegit arbitrum, elegit ius" stelt dat de par- tijen, door een arbiter te kiezen, tevens aanvaarden dat deze als "lex contractus" het materieel recht kan toepassen waarmee hij vertrouwd is of dat steeds toegepast werd door de arbitrale instelling, waarin hij zetelt. Dit principe lijkt ook voor de arbitrale kiesregels te gelden.

(1) Zie GOLDMAN, 109 RdC (1963, II), 378-379.

(2) Zie ROBERT, Dall. 1961, Chr., 180.

(3) Het "renvoi" is immers uitgesloten mbt. de keuze van de "lex con- tractus" : bijv. BATIFFOL, H., Droit international privé, deel I, Parijs 1974, nr. 311 ; FOUCHARD, Arbitrage, nr. 544-545 ; GOLDMAN, 109 RdC (1963, II), 465 ; GOLDMAN, Le Droit applicable selon la Convention de la B.I.R.D., 149.

Het zou immers logisch zijn dat de arbiters voor aangelegenheden, die niet door de "lex contractus" geregeld worden, het aan te wenden recht kiezen volgens het hen vertrouwde i.p.r. (1).

Uit de keuze van de arbiter volgt echter niet steeds de aanduiding van diens recht (2). De aanduiding van een arbiter betekent bijgevolg ook niet steeds dat deze tevens zijn i.p.r. moet aanwenden.

Het arbitragereglement van een arbitrale instelling kan bepalen uit welk nationaal i.p.r. de arbiter zijn kiesregels moet putten. De arbiter, die elke bepaling van het arbitragereglement moet naleven, dient dit nationaal i.p.r. dan ook toe te passen. De voorschriften van het arbitragereglement dringen zich immers als "lex fori" aan de arbiter op (3). De arbiter mag er aan twijfelen of de partijen de bevoegdheid hebben hem een nationaal i.p.r. op te dringen ; hij kan het arbitragereglement evenwel niet negeren. De arbiter, die de bepaling van het arbitragereglement, dat hem voorschrijft een bepaald nationaal i.p.r. aan te wenden, toch in de wind zou slaan, verliest trouwens alle rechtsmacht vermits hij deze slechts bezat als arbiter van een instelling, waarvan hij het reglement zou eerbiedigen.

Art. 42 van de Wereldbank-conventie, dat de arbitrage door het Centrum voor de Beslechting van Investeringsgeschillen tussen staten en vreemde investeerders organiseert, bepaalt bijv. voor het geval dat de partijen geen "lex contractus" hebben aangeduid :

"Bij gebreke aan zulk een overeenstemming past het Scheidsgerecht het recht toe van de Verdragsluitende Staat, die partij is bij het geschil, waaronder mede dienen te worden verstaan diens regels betreffende het conflictenrecht, alsmede die volkenrechtelijke regels, welke van toepassing kunnen zijn op de zaak".

Zodra de partijen evenwel een "lex contractus" hebben aangeduid - ook al is dit het recht van de staat-partij dat tevens bij gemis aan aanduiding toepasselijk zou zijn - zou, althans volgens Pirrung en Goldman, de geciteerde bepaling de arbiter niet voorschrijven om het i.p.r. van de staat-partij aan te wenden om het recht te vinden voor problemen, die niet door de "lex contractus" geregeld worden (4).

(1) FOUCHARD, Arbitrage, nr. 545, 548.

(2) Zie nrs. 271-280.

(3) GENTINETTA, Lex Fori, 108-110.

(4) De oorspronkelijke formulering van art. 42 stelde dat de arbiters het recht van de staat-partij moesten aanwenden, "unless that law .../...

3. Het i.p.r. van de overwegende partij

289. Fouchard vermeldt terloops de mogelijkheid dat de arbiter het i.p.r. zou toepassen van het land, waarvan de partijen onderdaan zijn of waarin zij verblijven. Indien beiden evenwel in een verschillend land thuis horen zou enkel het i.p.r. van één van hen, bijv. dat van de koper, van toepassing zijn (1).

Deze opvatting werd met meer vuur verdedigd door Arminjon. Als kritiek op het ontwerp, dat Sauser-Hall voor het Institut de Droit International maakte, stelde Arminjon een tegenontwerp op. Luidens art. 7 van dit tegenontwerp zouden de arbiters het recht toepassen van de verblijfplaatsen van beiden partijen, of, telkens deze niet in hetzelfde land gelegen zijn, van de verblijfplaats van de partij "dont la situation est prépondérante" (2). Alhoewel het niet uitdrukkelijk gesteld werd dat dit recht ook de verwijzingsregelen omvat, blijkt nergens uit dat Arminjon enkel de "lex contractus" voor ogen had.

Men moet zich echter de vraag stellen waarom de arbiters steeds het i.p.r. van de belangrijkste partij - want hierop komt de regel neer - zouden moeten toepassen. Wie is trouwens de belangrijkste partij bij handelstransacties waar beide prestaties gelijkwaardig geacht worden? De overwegende prestatie kan de karakteristieke prestatie zijn. Deze is evenwel niet steeds gemakkelijk aan te wijzen. Wie verricht bijv. de karakteristieke prestatie bij een samenwerkingsakkoord, bij een overeenkomst voor wederzijdse exclusiviteit? Trouwens in een eerder duidelijk geval, de koop waar de karakteristieke prestatie de levering van de koopwaar en niet de betaling is, is er geen reden waarom de arbiter het i.p.r. van de verkoper zou toepassen, enkel omdat deze de verkoper is. Alhoewel de verkoper niet per se wordt bevoordeligd door

.../...

calls for the application of some other law". (Documents, deel II, nr. 145, 1082).

(1) FOUCHARD, Arbitrage, nr. 559.

(2) Ann. I.D.I. 1952, I, 611.

het eigen i.p.r., druist een dergelijke opvatting m.i. in tegen de principiële gelijkheid tussen partijen. Dit beginsel moet immers ook bij de keuze der kiesregels gelden.

4. Het i.p.r. van de bevoegde rechter

290. De arbiter onttrekt geschillen aan de rechter. Bijgevolg kan men stellen dat de arbiter het i.p.r. zou moeten aanwenden van de rechter die, indien er geen arbitrage geweest was, tot beslechten bevoegd was (1). Op het eerste gezicht schuilt veel redelijks in deze opvatting : aldus wordt verzekerd dat arbiter en rechter dezelfde beslechtingsnormen aanwenden. Bij nader toezien is deze opvatting minder houdbaar. Men kan er het rechtstheoretisch argument tegen inbrengen dat zij de arbitrage niet als een autonome, contractuele instelling erkent, maar haar beschouwt als "Ersatz" voor de rechter. In de praktijk is zij bovendien niet hanteerbaar. Doorgaans verklaren rechtbanken uit meerdere staten zich bevoegd om een transnationaal handelsgeschil te kennen, zodat meer dan één nationaal i.p.r. zich opdringt. Daarenboven erkent de rechter, die zich bevoegd verklaarde, vaak dat het materieel recht van zijn staat geen voldoende banden met het geschil heeft om de beslechtingsnormen te leveren ; om deze reden is hij immers bereid om, door middel van zijn i.p.r., vreemd recht te vinden. Bijgevolg zou het onlogisch zijn om het i.p.r. van de bevoegde rechter - dat even weinig als diens materieel recht betrokken is bij het geschil - aan te wenden om de toe te passen beslechtingsnormen te kiezen (2).

De kaarten liggen enigszins, maar niet aanzienlijk anders wanneer men stelt dat de arbiter het i.p.r. zou moeten aanwenden van de rechter, die de uitspraak uitvoerbaar zal verklaren (3). Zoals uit overeenkomsten tot arbitrage (4) en arbitragereglementen (5) blijkt, is het

(1) Zie bijv. ARMINJON, Ann. I.D.I. 1952, I, 603-604. Tevens, maar dan in een binomiale context : VON HOFFMANN, Internationale Handels-schiedsgerichtsbarkeit, 130.

(2) Zie KLEIN, Considérations, nr. 134 ; SAUSER-HALL, Ann. I.D.I. 1952, I, 551.

(3) Zie BOREL, E., in Ann. I.D.I. 1952, I, 481.

(4) Bijv. art. 17 van de Statuten van S.A.S., geciteerd door FOUCHARD, Arbitrage, nr. 560.

(5) Bijv. I.K.K. arbitragereglement, art. 26.

een gezond streven ervoor te zorgen dat de arbitrale uitspraak, desnoods met de hulp van de rechtbank, tenuitvoer gelegd kan worden. Het lijkt echter minder correct om enkel dit element voorop te stellen als criterium om het aan te wenden i.p.r. te vinden. Veruit de meeste uitspraken worden vrijwillig uitgevoerd. Het strookt niet met de geest en de contractuele opbouw van de arbitrage dat de arbiter zijn rechtskeuze uitsluitend laat bepalen door het recht van de rechter, die de uitspraak eventueel zal tenuitvoerleggen. Vervolgens is het - indien het toch tot een rechterlijke tenuitvoerlegging zou komen - meestal onvoorspelbaar in welke landen deze kan geschieden. Tenslotte zal de rechter bij de tenuitvoerbaarverklaring doorgaans enkel nagaan of de gevolgen van de uitspraak strijdig zijn met zijn openbaar orde ; niet of de arbiter het recht toegepast heeft dat ook hij zou aanwenden (1).

Weinig redenen zijn bijgevolg aanwezig opdat de arbiter het i.p.r. van de bevoegde rechter - welke deze ook weze - zou overnemen.

5. Het i.p.r. van de zetel

291. De arbiter zou het i.p.r. van de plaats, waar hij zetelt, kunnen aanwenden.

De meest recente en overtuigende voorstander om een verplichting in deze zin te scheppen, is ongetwijfeld F.A. Mann. Zoals éénieder zou een arbiter onderworpen zijn aan het recht van de staat, waarin hij werkzaam is. Ook in zijn beslechting zou de arbiter bijgevolg dit recht moeten eerbiedigen. Derhalve zou hij de beslechtingsnormen moeten vinden door middel van het i.p.r. van de staat, waarin hij zetelt. Wanneer een arbiter ander recht zou aanwenden dan hetgeen voorgeschreven is door dit i.p.r. kan een rechter van de staat, waarin de arbiter zetelt, - en dit zou de ondergeschiktheid van de arbiter aan het recht van de zetel bevestigen - de uitspraak wegens "rechtsdwaling" ("error of law") ongeldig of onuitvoerbaar verklaren (2).

(1) Zie nrs. 53-77 ; 90-93.

(2) MANN, International Arbitration Domke, 167.

M.i. werd Mann te ver meegesleurd door zijn drang te bewijzen dat de arbitrage onderworpen is aan de wet. "Error of law" bestaat weliswaar in het Engels recht ; het is echter geen universele nietigheidsgrond. Trouwens, ook in Engeland moet de rechtsdwaling flagrant zijn om tot de vernietiging van de arbitrale uitspraak te leiden. Het toepassen van een ander rechtssysteem dan hetgeen waarnaar het Engelse i.p.r. verwijst, lijkt onvoldoende (1). De "special case" - specifiek Engels - biedt de Engelse rechter wel controle over de aangewende kiesregel ; doch niet over de aanwending van de aldus gekozen buitenlandse rechtsnorm (2). Enkel n.a.v. een beroep tegen de arbitrale uitspraak - evenmin universeel en zelfs in Frankrijk uitzonderlijk - kan de rechter zowel de keuze als de toepassing van het buitenlands recht volledig toetsen (3). De toetsing naar een schending van de openbare orde - de enige grond voor nietigheid of onuitvoerbaarheid welke in de meeste arbitragerechten aanwezig is - beduidt daarentegen niet dat elke uitspraak, waar de arbiter niet het juiste recht koos, nietig is (4). Mann voelt trouwens aan dat zelfs het feit, dat de arbiter de openbare orde van de zetel moet eerbiedigen, geen sluitend bewijs levert voor zijn verplichting om het i.p.r. van deze zetel te volgen.

"If as is almost generally admitted, the arbitrator is bound to observe the ordre public of the lex arbitri, it would be both illogical and unrealistic to suggest that he is entitled to disregard other rules of that legal system's private international law" (5).

Een beroep op logica en werkelijkheidszin bewijst rechtstheoretisch niets. Het is de Achilleus-hiel van een stelling, die enkel correct is waar zij de arbitrale procedure aan de arbitragewet onderwerpt. M.i. kan men er niet uit afleiden dat elke arbiter gebonden is aan het i.p.r. van zijn zetel. Trouwens, zoals werd aangetoond (6), kan niet enkel de

(1) Zie nr. 75.

(2) Zie nrs. 71-73.

(3) Zie nr. 54.

(4) Zie nrs. 57-59, 64, 68.

(5) MANN, International Arbitration Domke, 168.

(6) Zie nr. 82-86.

rechter van het land, waar de arbiters zetelden, maar ook de rechter van het land, waarvan arbitragewet gekozen werd, en zelfs een rechter uit een ander land, beweren dat de arbitrage volgens zijn arbitragewet moest verlopen.

292. Sauser-Hall, die vroeger dan Mann stelde dat de arbiter het i.p.r. van de arbitrale zetel moest aanwenden, benaderde de arbitrage meer genuanceerd en pragmatisch. Zijn opdracht was tevens minder verregaand dan de kruistocht, die Mann zichzelf opgelegd had. Het Institut de Droit International had Sauser-Hall immers niet gevraagd om te bewijzen dat elke arbitrage aan de wet onderworpen is ; hij moest enkel bepalen welk recht van toepassing is op de verschillende stadia van de arbitrage. Dit impliceerde als vertrekpunt dat de arbitrage ondergeschikt was aan de wet. Sauser-Hall vertrok van de vaststelling dat de arbitrage een "gemengde" rechtsfiguur was (1). De arbitrage steunde enerzijds op de overeenkomst tussen partijen ; anderzijds sprak de arbiter recht zoals de rechter. Aldus bezat elke arbitrage een "contractuele" en een "jurisdictionele" dimensie. Ook in de arbitrale kiesregels komt deze gemengde natuur tot uiting wanneer de arbiters het recht moeten aanwenden dat aangewezen wordt door het i.p.r. van de arbitrale zetel. Volgens de contractuele opvatting van de arbitrage moet de arbitrale beslechting immers, in overeenstemming met de universele aanknopingsregels voor overeenkomsten, vastgeknoopt worden aan het recht van de staat waarmee zij de meeste en nauwste banden heeft, nl. van het land waar de arbitrale beslechting verloopt, waar de arbiters werken, kortom waar de arbitrale zetel is (2). Het is dit recht dat de ganse arbitrale beslechting - ook de rechtskeuze - regelt. Volgens de jurisdictionele opvatting van de arbitrage onderwerpen partijen, die hun geschil aan een arbiter voorleggen - zoals wie voor de rechter verschijnt - zich tevens aan het recht - ook het i.p.r. - dat aldaar geldt (3). Zowel de contractuele oorsprong als de jurisdictionele

(1) Ann. I.D.I. 1952, I, 524-526.

(2) Zie tevens BAGGE, Ann. I.D.I. 1952, I, 502-505.

(3) Ann. I.D.I. 1952, I, 530-531.

aard der arbitrage sluit bijgevolg in dat arbiters het i.p.r. van de arbitrale zetel moeten toepassen (1).

Zonder zich uit te spreken over de contractuele of jurisdictionele dimensie der arbitrage nam het Institut de Droit International, tijdens haar bijeenkomst te Amsterdam op 26 september 1957, dit besluit over :

"Les règles de rattachement en vigueur dans l'Etat du siège du tribunal arbitral doivent être suivies pour déterminer la loi applicable au fond du litige" (2).

Het werd Sauser-Hall ten kwade geduid dat hij enkele jaren later als derde arbiter in de Aramco-arbitrage niet in overeenstemming met deze opvatting het i.p.r. van de arbitrale zetel (Genève) aanwendde. De rechtsaanduiding vanwege partijen toetste hij immers niet aan het Zwitsers i.p.r., maar aan de algemene beginselen van i.p.r. :

"Cet accord sur le droit applicable est conforme aux règles du droit international privé suivies dans la plupart des Etats du monde civilisé, et il doit être observé par le Tribunal arbitral" (3).

En voor de probleemgebieden, die niet door deze rechtsaanduiding gedekt werden, maar waarvoor de arbiters zelf het recht moesten zoeken, stelde hij dat :

"Le Tribunal arbitral, s'inspirant des tendances les plus avancées du droit international privé dans le domaine de l'autonomie de la volonté, décide d'adopter les solutions dominantes dans les jurisprudences de la Grande-Bretagne, et de la Suisse" (4).

Sauser-Hall verloochende aldus niet werkelijk zijn eigen principen. De arbitrage tussen Saoedi-Arabië en Aramco was, zo besloten de arbiters, immers geen arbitrage die onderworpen was aan een nationale arbitragewet ; zij werd beheerst door het internationaal recht (5). Bijgevolg waren de arbiters niet aan een nationaal i.p.r. gebonden. Alhoewel de arbiters deze beslissing uitvoerig argumenteerden vermeldden zij niet de werkelijke reden voor hun opvatting dat de arbitrage beheerst

(1) Ann. I.D.I. 1952, I, 571-572.

(2) Resolutie ; art. 11 (Ann. I.D.I. 1957, II, 484). Zie tevens VAN HEUKELOM, Arbitrale Rechtspraak 1969, 169.

(3) R.C.D.I.P. 1963, 304.

(4) R.C.D.I.P. 1963, 314.

(5) Zie nrs. 125-130.

werd door het internationaal recht, nl. dat zij aldus hoopten dat de fabelachtige sommen registratierechten, die volgens het recht van het kanton Genève op de waarde van een dergelijk geschil dienden betaald, niet verschuldigd zouden zijn. Consequent met zichzelf oordeelden zij dan ook dat de geografische zetel der arbitrage, Genève, geen betekenis had voor de rechtskeuze (1).

293. De arbitrale zetel is veelal niet moeilijk om vast te stellen : het is de plaats waar de arbiters zetelen. Soms is het echter niet zo duidelijk waar de arbiters hun uitspraak voorbereid of geveld hebben. Bij een arbitrale uitspraak, die door briefwisseling tot stand komt, is het niet zo vanzelfsprekend als Sauser-Hall voorhoudt (2) dat de zetel der arbitrage gevestigd is bij de derde arbiter. De arbiters zijn bovendien niet steeds honkvast (3). Wanneer de ene zitting hier en de andere daar gehouden wordt zou het verkeerd zijn de arbiters te dwingen om telkens slechts rekening te houden met het i.p.r. van de plaats waar zij op dat ogenblik zetelen.

De "ad hoc"-arbitrage tussen Alsing en Griekenland ging in eerste aanleg in Griekenland door met twee arbiters, door de partijen aangesteld. Wanneer dezen het niet eens konden worden, werd (zoals voorzien) een derde arbiter benoemd om het geschil te herbeoordelen. Deze, een Zwitser, hoorde de zaak in Zwitserland. Hij aanvaardde evenwel dat dit hem niet toeliet om het Zwitsers i.p.r. toe te passen :

"It is true that the parties submitted, in case of disagreement between the two arbitrators appointed, to the decision of a Swiss or a Dutch umpire. But in so doing they did not accept that at this stage of the arbitration proceedings the law applicable be redetermined according to the national rules of international private law of the judge now called upon to settle the dispute without appeal, whose nationality was not yet certain. It is not conceivable that in the same trial the law, to be applied to the main issue, if this be the case, could change during the suit" (4).

De partijen en de arbiters kunnen, indien de arbitrage niet steeds op dezelfde plaats verloopt, uitdrukkelijk bepalen waar de juridische ze-

(1) LALIVE, 120 RdC (1967, I), 653-658.

(2) Ann. I.D.I. 1952, I, 541.

(3) Zie nr. 85.

(4) 23 I.L.R. 636.

tel der arbitrage gevestigd is. Dergelijk beding is uiterst raadzaam (1). Waar is de arbitrale zetel echter indien de partijen en arbiters niets terzake bedongen en de arbiters in verscheidene landen samenkomen? Hierover bestaat geen eensgezindheid. Voor Mann ligt de zetel der arbitrage dan in het land waar de arbiters uiteindelijk hun uitspraak vellen: het is daar dat zij na de debatten tot een beslissing komen en derhalve rechtsnormen kiezen (2). Voor Sauser-Hall en het Institut de Droit International geldt daarentegen de plaats, waar de arbiters de eerste maal samenkamen, als zetel: het is daar dat zij over hun bevoegdheid en rechtsmacht moesten oordelen en besloten om de zaak te kennen (3).

294. Enige kritische beschouwingen dienen vastgeknoopt aan de binding van de arbiter aan het i.p.r. van de arbitrale zetel. Deze oplossing is immers niet gans onaanvechtbaar.

Theoretisch staat men de binding van de arbiter aan het i.p.r. van de arbitrale zetel vooral door het jurisdictioneel karakter, dat men aan de arbitrage toeschrijft. De arbiter, die met een rechter gelijkgeschakeld wordt, moet het i.p.r. aanwenden, dat ook toegepast wordt door de rechter, die op dezelfde plaats beslecht. In de regel gaat de gelijkenis tussen arbiters en rechters evenwel niet op. Arbiters oefenen, zoals herhaaldelijk vermeld, hun taak uit krachtens een overeenkomst tussen partijen; en niet zoals rechters, krachtens het staatsgezag. Zij kunnen niet, zoals rechters, partijen, die zich nooit met de beslechting akkoord verklaard hebben, tot verschijnen dwingen. Zij mogen daarentegen hun taak neerleggen of kunnen door de partijen in gezamenlijk overleg herroepen worden. Evenmin kan arbitrale uitspraak en rechterlijk vonnis zonder meer over éénzelfde kam geschoren worden. De arbitrale uitspraak, niet in zichzelf uitvoerbaar, heeft niet de-

(1) MANN, International Arbitration Domke, 163; SAUSER-HALL, Ann. I.D.I. 1952, I, 539-541.

(2) MANN, International Arbitration Domke, 163.

(3) SAUSER-HALL, Ann. I.D.I. 1952, I, 539-541. Resolutie, art. 2 (Ann. I.D.I. 1957, I, 481).

zelfde rechtskracht als een vonnis. Zij is ook niet onderworpen aan alle rechtsmiddelen, die tegen een vonnis kunnen ingesteld worden. Men kan bijgevolg niet zonder meer stellen dat de arbiter gelijk is aan de rechter ; noch dat de arbiter hetzelfde i.p.r. moet aanwenden als de rechter, gevestigd op de plaats van de arbitrale zetel (1). Enkel wanneer de arbitrale beslechting mede door haar structuur en gevolgen lijkt op een rechterlijke beslechting noopt zij de arbiter, omwille van haar jurisdictioneel karakter, om hetzelfde i.p.r. toe te passen als de plaatselijke rechter.

Een contractuele benadering der arbitrage vergt dat de arbiters de normen aanwenden dat zij luidens hun contractuele opdracht dienen toe te passen. Men kan hieruit echter niet zonder meer afleiden dat de arbiters in hun rechtskeuze steeds het i.p.r. moesten aanwenden van de plaats waar zij zetelen. Het is immers zelden de bedoeling der partijen - tenslotte de voornaamste richtlijn voor de arbitrale beslechting - dat de arbiters het i.p.r. aanwenden dat geldt op de plaats van de arbitrale zetel. Dit is soms wel de bedoeling van partijen wanneer zij zelf de plaats der arbitrage kozen of een lokale arbitrage-instelling aanduiden. Doch zelfs in deze gevallen kiezen de partijen vaak als zetel in een neutraal land een aangename stad, die over de geschikte hotels beschikt en waar een voor arbiters en partijen begrijpbare taal gesproken wordt. In dergelijke gevallen lijkt het vermoeden, dat de partijen het i.p.r. van de zetel aangewend wilden zien, een fictie, die de arbitrage nutteloos bezwaart : de partijen zouden voor de arbitrage geen "neutrale" of geschikte plaats meer kunnen kiezen zonder tevens oog te hebben voor het i.p.r. dat door de keuze der zetel opgedrongen wordt (2). Wanneer partijen niet zelf de plaats der arbitrage hebben aangeduid is het nog moeilijker om hun bedoeling te bewijzen dat de arbiters het i.p.r. van de arbitrale zetel zouden volgen. Men kan immers moeilijk veronderstellen dat partijen met het i.p.r. van de

(1) In deze zin ARMINJON, Ann. I.D.I. 1952, I, 602-604 ; FOUCHARD, Arbitrage, nr. 547, GOLDMAN, 109 Rdc (1963, II), 373-376.

(2) FOUCHARD, Arbitrage, nr. 551. Tevens ARMINJON, Ann. I.D.I. 1952, I, 604-605 ; KOPELMANAS, Rev. Trim. Dr. Com. 1957, 894.

zetel instemden wanneer de zetel bepaald werd door de arbiters (bijv. bij "ad hoc" arbitrage) of door derden (bijv. bij de I.K.K. of de E.C.E. (1)). Men kan wel stellen dat partijen, door een arbiter uit een land te kiezen, impliciet bedongen dat deze in eigen land moet zeten, zodat tevens diens eigen i.p.r. moet aangewend worden (2). Een arbitrage met drie arbiters grijpt evenwel vaak plaats in het land van de derde arbiter, die niet door partijen aangeduid werd ; derhalve hebben partijen dan nooit met de aanwending van diens i.p.r. ingestemd.

6. Het i.p.r. van de "loi de l'arbitrage"

295. De term "loi d'arbitrage" drukt niet direkt uit welk recht bedoeld wordt. Inderdaad, ook zij die beweren dat de arbiter het i.p.r. van de zetel moet aanwenden, zeggen dat de arbiter de "lex arbitri" moet toepassen (3). Wie over "loi de l'arbitrage" spreekt, bedoelt hierdoor echter het recht dat Klein onder deze benaming aanduidde in zijn studies (4).

Voor Klein is de arbitrage een contractuele figuur, die steunt op de overeenkomst tot arbitrage. De arbitrage-overeenkomst, waardoor een derde aanvaardt als arbiter te zeten, is voor de partijen de eerste stap ter vervulling van deze overeenkomst tot arbitrage. In de arbitrale procedure verrichten partijen en arbiter hetgeen waartoe zij zich in de overeenkomst tot arbitrage en de arbitrage-overeenkomst verplicht hadden. De uitspraak betekent voor de arbiter de vervulling van de arbitrage-overeenkomst. Ook de navolging van de uitspraak door de partijen volgt uit de overeenkomst tot arbitrage. Deze verscheidene stadia der arbitrage zijn als schakels van eenzelfde keten (5). Voor

(1) I.K.K.-arbitragereglement, art. 12 (Arbitrage-Hof) ; E.C.E.-arbitragereglement, art. 14 (arbiter).

(2) In deze zin zie MANN, International Arbitration Domke, 163-164 ; PANCHAUD, Rev. Arb. 1966, 10-12.

(3) Bijv. MANN, International Arbitration Domke, 160-161.

(4) KLEIN, Considérations ; R.C.D.I.P. 1958, 256-284, 479-494 ; R.C.D.I.P. 1961, 499-522.

(5) KLEIN, Considérations, nr. 118.

Klein worden zij derhalve beheerst door eenzelfde recht, nl. het recht dat de oorsprong van de hele arbitrale beslechting - de overeenkomst tot arbitrage - beheerst. De rechtskeuze wordt derhalve geleid door het i.p.r. van de "loi de l'arbitrage". Kortom voor Klein zouden de arbiters niet het i.p.r. van de zetel, maar het i.p.r. van het recht, waaraan de overeenkomst tot arbitrage onderworpen is, moeten aanwenden (1).

Het is evenwel niet steeds eenvoudig te bepalen welk recht de "loi de l'arbitrage" zal leveren. Voor Klein, die de arbitrage - ondanks zijn contractuele opvatting daarover - niettemin benadert met de ogen van de rechter, wordt de "loi de l'arbitrage" uiteindelijk bepaald door de rechter, die de aan de hand ~~van~~ zijn foraal i.p.r. zal nagaan welk recht van toepassing is op de overeenkomst tot arbitrage. Voor de arbiter, die nog over geen foraal i.p.r. beschikt en dit juist van de "loi de l'arbitrage" wil overnemen, is het minder gemakkelijk om weten wat deze "loi de l'arbitrage" is. Hij kan zich misschien door vermoedens laten leiden : zo zou de aanduiding van een lokale instelling naar het recht dezer instelling wijzen ; werd arbitrage gekozen in het land van de verweerder of schuldenaar, dan zou het recht van dit land van toepassing zijn ; komt het geschil door een compromissoir beding bij de arbiters, dan zou het recht, dat de litigieuze overeenkomst, waarin dit beding voorkomt, beheerst, tevens de "loi de l'arbitrage" leveren. Deze vermoedens leveren de arbiter geen houvast.

De eenheid in de arbitrale beslechting, waardoor de hele arbitrage - van overeenkomst tot arbitrage tot uitvoering der uitspraak - door één recht beheerst wordt, is waarschijnlijk een vrome droom bij de transnationale handelsarbitrage, waar vele rechtssystemen zich in de verscheidene stadia der beslechting bevoegd kunnen verklaren (2). Voor Ehrenzweig is de "loi de l'arbitrage" daarom uiteindelijk het recht, toegepast door de rechtbanken, die de arbitrage beoordelen. Rechtbanken uit verscheidene landen kunnen dit doen : bijgevolg kan de

(1) KLEIN, *Considérations*, nr. 134 (In dit werk van meer dan 300 pagina's werden slechts vier aan de rechtskeuze gewijd) ; KLEIN, *R.C.D.I.P.* 1958, 483 ; *R.C.D.I.P.* 1962, 631. Tevens FRAGISTAS, *R.C.D.I.P.* 1960, 9 ; ROBERT, *Arbitrage*, nrs. 352-353.

(2) LALIVE, 120 *RdC* (1967, I), 611-612.

arbitrage ook meer dan één "loi de l'arbitrage" hebben (1). Wanneer er meer dan één "loi de l'arbitrage" is, leveren deze de arbiter geen nationaal i.p.r. dat hij zonder meer kan overnemen. Inderdaad, door de verscheidene "lois de l'arbitrage" zouden meerdere - soms tegengestelde - systemen van i.p.r. in aanmerking komen.

7. Besluit

296. Geen besproken alternatief biedt een sluitende oplossing voor alle gevallen van arbitrale rechtskeuze. Met Batiffol dient erkend dat de arbiter niet eerder aan het i.p.r. van het ene land dan van het andere land gebonden is (2). Rechtstheoretisch dringt geen enkel nationaal i.p.r. zich immers op aan de transnationale handelsarbiter. Indien de arbiter de kiesregels van een nationaal i.p.r. overneemt, is dit omdat dit hem voor de casus het meest wenselijk lijkt.

B. Arbitrale casuïstiek : het nationale i.p.r. voor de gelocaliseerde arbitrage

297. Doorgaans volgen de arbiters de kortere weg en kiezen zij het aan te wenden recht onmiddellijk. Soms bepalen zij echter met welke kiesregels zij dit recht kiezen. Dan blijkt het meestal duidelijk dat de arbiters de beslechttingsnorm kiezen door middel van het i.p.r. van het land waarin de arbitrale beslechting gelocaliseerd is.

1. Het Centrum voor Beslechting van Investeringsgeschillen

298. De arbitrage van dit Centrum beslecht geschillen tussen buitenlandse investeerders en staten, waarin de eersten investeerden. Vermits de investering zich steeds op het gebied van deze staat situeert, zou men kunnen stellen dat de arbitrageprocedure van het Centrum, indien

(1) EHRENZWEIG, Die "Lex Fori" der Schiedsgerichte, 84 Zeitschrift für Schweizerisches Recht, 1965, 361-364, 362-363.

(2) BATIFFOL, H., L'arbitrage et les conflits de lois, Rev. Arb. 1957, 111.

zij moet gelocaliseerd worden in een land, gelocaliseerd kan worden in het land, waarin geïnvesteerd werd en waarvan de staat partij tot de arbitrage is. De arbitrage heeft weliswaar plaats in Washington, - wanneer de partijen geen andere zetel hebben aangeduid (1). Deze zetel is evenwel zonder verdere betekenis, vermits de lokale rechter de arbitrage van het Centrum niet mag begeleiden en bevoogden (2). De localisatie van de arbitrage van het Centrum in het land van de staat-partij zou insluiten dat de arbiters van het Centrum voor de rechtskeuze het i.p.r. van de staat-partij aanwenden. Dit lijkt bevestigd door art. 42 van de Wereldbank-conventie. Dit artikel bepaalt immers dat de arbiters, bij gemis van rechtsaanduiding, het nationaal i.p.r. van de staat, die partij tot de arbitrage is, moeten toepassen.

Uit art. 42 kan men evenwel niet meer besluiten dan de tekst toelaat. Slechts indien partijen geen beslechttingsnormen aangeduid hebben, schrijft art. 42 de arbiters voor om de beslechttingsnormen te vinden met kiesregels, uit het nationaal i.p.r. van de staat-partij gehaald (3). De tekst zegt niet welk i.p.r. de arbiters moeten toepassen wanneer wél een recht werd aangeduid.

Goldman beweert weliswaar dat, wanneer de partijen anationale normen aanduiden, de arbiters door anationale kiesregels de ontbrekende beslechttingsnormen moeten vinden (4). Anderzijds stelt Pirrung dat, wanneer de partijen wél normen aangeduid hebben, de arbiters bij gemis aan eigen kiesregels niets anders kunnen doen dan het materiële recht van de staat-partij aan te wenden op probleemgebieden, zoals bevoegdheid enz., welke niet door de door partijen aangeduide normen beheerst worden (5). Hoe ver de opvattingen van Goldman en Pirrung ook uit elkaar

(1) Wereldbank-Conventie, art. 62-63.

(2) Zie nr. 130.

(3) GOLDMAN, Le Droit applicable selon la Convention de la B.I.R.D., 149-150 ; PIRRUNG, Schiedsgerichtsbarkeit nach dem Weltbankübereinkommen, 154.

(4) GOLDMAN, Le Droit applicable selon la Convention de la B.I.R.D., 151.

(5) PIRRUNG, Schiedsgerichtsbarkeit nach dem Weltbankübereinkommen, 153.

liggen, beiden zijn het erover eens dat de arbiters van het Centrum, wanneer de partijen recht hebben aangeduid, niet gebonden zijn aan het nationaal i.p.r. van het land waarin de investering gelocaliseerd kan worden.

299. Welk nationaal i.p.r. moeten de arbiters dan aanwenden, wanneer de partijen wél een recht hebben aangeduid ?

De staat, waarin geïnvesteerd werd, is de "overwegende" partij. Vroeger gold trouwens als regel dat overeenkomsten tussen een staat en een particulier aan het recht van de staat waren onderworpen omdat de staat zijn medecontractant in de schaduw stelde (1). Arminjons opvatting dat de arbiters het nationale i.p.r. van de overwegende partij moet aanwenden, is evenwel - zoals hoger aangetoond - niet vrij van kritiek (2).

Ook de bevoegde rechter lijkt geen aanknopingspunt. Van een vordering van een staat tegen een buitenlandse investeerder kunnen in de eerste plaats de rechtbanken van het land van de verweerder, de vreemde investeerder, kennis nemen. Deze rechtbanken kunnen de uitspraak ook uitvoerbaar verklaren tegen de investeerder. Het i.p.r. van het land van de investeerder lijkt evenwel niet aangewezen om de arbiters van het Centrum de nodige kiesregels te leveren. Het arbitragereglement, dat wel naar het i.p.r. van de staat-partij verwijst, vermeldt immers nergens het i.p.r. van de andere partij. De commentatoren van de Wereldbank-conventie ignoreerden overigens de mogelijkheid dat het nationaal i.p.r. van de buitenlandse investeerder van toepassing zou kunnen zijn. Er bestaat geen reden om het i.p.r. van de rechter uit het land van de investeerder, en niet het i.p.r. van de rechter uit de staat-partij, of uit een ander land, waarvan de rechter bevoegd kan zijn, van toepassing te verklaren. Anderzijds is vaak geen enkele rechtbank bevoegd om de vordering van de vreemde investeerder tegen de staat te kennen of een uitspraak tegen de staat uitvoerbaar te verklaren.

(1) Zie BATIFFOL, H., Droit international privé, deel II, Parijs 1976, nr. 585.

(2) Zie nr. 288.

Om deze reden kunnen de arbiters derhalve ook niet gebonden zijn aan het nationaal i.p.r. van de staat-partij, omdat hier steeds de bevoegde rechter zou zetelen.

De zetel van de arbitrage biedt evenmin uitkomst. Art. 62 van de Wereldbank-conventie bepaalt dat de zetel der arbitrage in principe gevestigd is in Washington. Het Centrum wil echter een beslechttingsforum bieden aan partijen uit de kapitalistische, communistische en derde wereld. Het was bijgevolg zeker de bedoeling niet van de ontwerpers dat het recht van de hoofdstad van de Verenigde Staten de beslechtingen van het Centrum tussen partijen met uiteenlopende politieke en economische opvattingen zou doordringen. Het Centrum is trouwens toevallig in Washington gehuisvest omdat aldaar ook zijn voedstervader, de Wereldbank, gevestigd is.

Met de goedkeuring van het Centrum kunnen partijen evenwel akkoord gaan dat de arbitrage plaats heeft op het grondgebied der staat-partij, indien aldaar bijv. de bewijsmiddelen en getuigen voorhanden zijn. Het strookt uiteraard niet met de bedoeling van de Wereldbank-conventie en van het Centrum indien de arbitrage hierdoor onderworpen zou zijn aan het recht van de staat-partij. Derhalve is het ook uitgesloten dat de arbiters hierdoor zouden gebonden zijn aan het i.p.r. van de staat-partij. Partijen kunnen eveneens een "neutraal land" als zetel kiezen. Ook in deze keuze mag men geen aanduiding van het aldaar vigerende i.p.r. lezen. Dit zou niet alleen onverenigbaar zijn met de bedoeling van partijen ; dergelijke implicaties zouden eveneens de keuze van de zetel nutteloos bemoeilijken.

Bij nadere analyse kan de arbitrage van het Centrum trouwens in geen enkel land gelocaliseerd worden, maar situeert zij zich in de volkenrechtelijke sfeer (1). De "loi de l'arbitrage", het recht dat de overeenkomst tot arbitrage beheerst, zou het volkenrecht zijn (2). Derhalve zijn de arbiters van het Centrum - buiten de verplichting van art. 42 die geldt wanneer geen recht aangeduid werd - aan geen enkel

(1) Zie nr. 130.

(2) Zie nrs. 129 en 294.

nationaal i.p.r. gebonden. Verder wordt besproken welke kiesregels zij dan wél moeten aanwenden.

2. De arbitrage-commissies der Oostblok-landen

300. Geen uitspraak van een arbitrage-commissie uit een Oostblok-land is mij bekend waarin een nationaal i.p.r. aangewend werd omdat de partijen dit aangeduid hadden, of omdat dit recht het i.p.r. van de "lex contractus", van de "overwegende partij" of van de "loi de l'arbitrage" was. Ook de arbitragereglementen blijken weinig relevant.

De meeste arbitragereglementen ignoreren de vraag der rechtskeuze. Anders vermelden slechts dat de arbiters het geschikte recht moeten aanwenden. Art. 39 van het Joegoslaafse reglement spreekt van "applicable legal prescriptions" ; § 28 van de Poolse Maritieme Arbitrage-commissie van Gdynia heeft het over "the law of the State, which is most closely connected with the issue" ; de Poolse Arbitrage-commissie voor Buitenlandse Handel legt de arbiters in § 29 van het reglement op om "the law, which in the opinion of the tribunal is most closely connected with the relation of parties in the litigation" toe te passen. Nergens bepalen deze reglementen echter welke kiesregels de arbiters moeten aanwenden om dit geschikte materiële recht te vinden. Zelfs het reglement van de Arbitrage-commissie van de D.D.R., dat in artikel 27 weliswaar voorschrijft dat de arbiters de rechtsaanduiding der partijen moeten toetsen aan het i.p.r. van de D.D.R., bepaalt verder slechts dat de arbiters, indien geen recht werd aangeduid, zelf het recht moeten kiezen. Voor deze rechtskeuze maakt het geen verdere allusie op het i.p.r. van de D.D.R.

301. De Sovjet, Tsjechoslovaakse, Roemeense, Hongaarse en Bulgaarse Arbitrage-commissies pasten evenwel, zo blijkt uit verscheidene gepubliceerde uitspraken, het i.p.r. toe, dat geldt in hun zetel.

De Sovjet Arbitrage-commissie voor Buitenlandse Handel wendt het i.p.r. van de Sovjet-Unie aan om de beslechtingsnormen te kiezen.

Enkele malen moesten de arbiters een rechtsprobleem kwalificeren om het onder te brengen in een probleemgebied. Zo oordeelden de arbiters in het geschil tussen Romulus en Sovexportfilm dat het regime van de exclusieve distributierechten in Engeland over de film "De mooie slaapster" door de "lex contractus" beheerst moet worden, alhoewel het Engelse i.p.r. dit probleem zou kwalificeren als één van "intellectuele rechten" (1). In een ander geschil rees er een kwalificatievraag omtrent de

(1) Romulus t. Sovexportfilm, Clunet 1971, 378 ; R.C.D.I.P. 1971, 470 ; Rev. Arb. 1970, 185.

verjaring van het vorderingsrecht wegens gebreken in de levering (1). De Engelse koper had immers slechts na vier jaar een verzoek tot arbitrage van deze vordering ingesteld. De "lex contractus", het Engelse recht, kende een verjaringstermijn van 6 jaar ; volgens het foraal procedurerecht, het Sovjet recht, was de vordering daarentegen reeds na drie jaar verjaard. Zonder verdere uitleg specificeerden de arbiters dat de verjaringstermijn van contractuele vorderingen bepaald wordt door de "lex contractus". In deze gevallen werd weliswaar niet vermeld dat de arbiters kwalificeerden volgens het i.p.r. van de Sovjet-Unie. Dit is trouwens niet verwonderlijk wanneer men voor ogen houdt dat de Sovjet rechtsleer een kwalificatie volgens autonome en rechtsvergelijkende criteria verdedigt (2). Het is immers onlogisch om bij een kwalificatie, die universele criteria wil toepassen, te vermelden dat deze kwalificatie volgens het nationaal i.p.r. zou geschieden. Voor de Sovjet rechtsleer zijn de kwalificaties van de Arbitrage-commissie echter uitingen van het Sovjet i.p.r. (3). Alhoewel de arbiters bijgevolg niet vermeldden dat zij volgens het Sovjet i.p.r. kwalificeerden, passen zij niettemin het Sovjet i.p.r. toe.

Het duidelijkst doen de arbiters een beroep op het Sovjet i.p.r. bij de keuze van de verwijzingsregels. Deze liggen vervat in de Grondbeginselen van Burgerlijke Wetgeving (1961), sinds 1 mei 1962 van kracht (4). Art. 126 van deze Grondbeginselen stelt bijv. dat de rechten en plichten van partijen uit een overeenkomst inzake de buitenlandse handel, bij gemis van rechtsaanduiding, beheerst worden door de wet van de plaats waar de overeenkomst gesloten werd. Deze wetsbepaling verwoordde aldus een jurisprudentiële kiesregel, door de Arbitrage-commissie voordien nagenoeg steevast aangenomen (5). Belangrijk is het feit dat de Arbitrage-commissie na 1962 bijna steeds naar dit artikel 126 van de Sovjet wet verwezen heeft wanneer het probleem der rechtskeuze aan de orde was (6).

-
- (1) Hewson Chapmann en Co. t. Exportles, Rev. Arb. 1970, 174.
 - (2) Zie bijv. LUNZ, Clunet 1973, 108. Tevens WAEHLER, Schiedsgerichtsbarkeit in der UdSSR, 117-118.
 - (3) Zie bijv. mbt. de verjaring van de contractuele vorderingen : LUNZ, Clunet 1973, 108-109 ; RAMSAIZEW, Aussenhandelsarbitrage in der UdSSR, 43. Tevens WAEHLER, Schiedsgerichtsbarkeit in der UdSSR, 122-125.
 - (4) Zie de vertaling van DEKKERS, R.C.D.I.P. 1964, 810.
 - (5) Zie bijv. de uitspraak geciteerd door RAMSAITZEW, D.F., Activities of the F.T.A.C., Soviet Yearbook of International Law 1959, 465-466 ; Clunet 1960, 881 ; Raznoimport t. Musalla, C.A.C. nr. 18 ; Soyusnefteexport t. Moroni, C.A.C. nr. 75 en 76. Slechts in Skembri t. Gosparochodstva, KING SMITH, 10 Harv. Int'l L.J. (1969), 90 en in Exportles t. Lemayer (recht van de plaats van uitvoering en van de arbitrage), C.A.C. nr. 40 is de Arbitrage-commissie van deze regel afgeweken.
 - (6) Zie o.m. Mayer t. Cogis, C.A.C. nr. 125, Rev. Arb. 1974, 149 met noot FOUCHARD ; Romulus Film t. Sovexportfilm, Rev. Arb. 1970, 183 ; Clunet 1971, 378 ; R.C.D.I.P. 1971, 470.

De beslissing inzake Mayer tegen Cogis is terzake even klaar als merkwaardig :

"As to the law to be applied to the present case, the Foreign Trade Arbitration Commission decides, on the basis of Article 126 of the Fundamentals of Civil Legislation of the USSR and the Union Republics, that in the given dispute the law of the country where the contract was concluded should be applied" (1).

Slechts een Italiaanse en een Zwitserse firma - en wat uitzonderlijk is, geen Sovjet onderneming - waren partij tot de arbitrage. De overeenkomst was overigens in Italië afgesloten. Uit deze uitspraak blijkt het bijgevolg duidelijk dat de Arbitrage-commissie het Sovjet i.p.r. enkel toepaste. omdat dat het i.p.r. van het arbitraal forum was. Art. 126 in fine stelt bovendien uitdrukkelijk dat de plaats van sluiting bepaald wordt door het Sovjet materiële recht. De verwijzingsregel wordt derhalve geïnterpreteerd volgens het Sovjet recht (2). Ook vóór 1962 pasten de Sovjet arbiters trouwens het Sovjet Burgerlijk Wetboek toe om te bepalen of en waar de overeenkomst gesloten was (3).

Het Sovjet i.p.r. bepaalt tevens of de arbiters het renvoi moeten toepassen (4).

De Tsjechoslovaakse Arbitrage-commissie besloot dat zij volgens het i.p.r. van het forum diende te kwalificeren (5). De verwijzingsregels haalde de commissie aanvankelijk uit de Tsjechoslovaakse i.p.r.-wet 41/1948 (6), en nadien uit deze van 4 december 1963 (7). Wanneer de

.../...

Alhoewel het principe van art. 126 werd toegepast, werd dit artikel evenwel niet vermeld in Comptoir de Bois t. Exportles, C.A.C. nr. 131.

- (1) C.A.C. nr. 125, deel IV, 88.
- (2) LUNZ, Clunet 1973, 110.
- (3) Zie bijv. Incomar t. Raznoexport, C.A.C. nr. 46 ; Necton t. Prodintorg, C.A.C. nr. 61, Clunet 1960, 879 ; Fanto t. Soyusnefteexport, C.A.C. nr. 16 ; Stankoimport t. Swisstool, C.A.C. nr. 29.
- (4) Romulus t. Sovexportfilm, Clunet 1971, 378 ; R.C.D.I.P. 1971, 470 ; Rev. Arb. 1970, 183.
- (5) Zie uitspraak van 2 november 1954, Clunet 1956, 458.
- (6) Zie bijv. de uitspraak van 2 november 1954 (supra) ; deze van 18 maart 1957, Clunet 1962, 451 ; deze van 3 januari 1958, Clunet 1962, 460.
- (7) Luidens de documentatie, mij welwillend medegedeeld door Dr. E. Kasalova, secretaris van de Tsjechoslovaakse Arbitrage-commissie : - mbt. art. 10 lid 2 a (recht van de verkoper) : uitspraken nr. 94/69 van 3 juni 1971 ; nr. 117/70 van 22 juni 1971 (tevens Rev. Arb. 1974, 41) ; nr. 52/70 van 8 februari 1972.

.../...

de aanknopingsfactor de plaats van sluiting van de overeenkomst was, en deze bij een overeenkomst "inter absentes" niet zonder meer vast te stellen was, oordeelden de arbiters hierover volgens de normen van het materiële Tsjechoslovaakse recht (1).

Ook de Roemeense Arbitrage-commissie wendt de kiesregels van het foraal i.p.r. aan (2). De Roemeense arbiters menen dat hun arbitrage-reglement, alhoewel het zwijgt over de rechtskeuze, hen hiertoe noopt :

"... art. 43 of the Rules of the Arbitration Commission by the Chamber of Commerce of the Romanian People's Republic explicitly prescribes that its provisions are supplemented with all the provisions of the laws of the Romanian People's Republic, a prescription which means that the Rules are also supplemented with the conflict rules of the Romanian private international law". Trouwens "... use has constantly been made of the conflict rules of Romanian private international law" (3).

De Roemeense arbiters kwalificeren op grond van het foraal recht. Dit blijkt o.m. uit een uitspraak inzake de vordering van een Poolse verkoper tot teruggave door de Roemeense koper van gebrekkige onderdelen, die de verkoper vervangen had. Het was de vraag of deze vordering ofwel de uitvoering van de overeenkomst ofwel een probleem van onrechtmatige verrijking van de koper betrof. In het eerste geval zou de Poolse ; in het tweede geval de Roemeense wet gelden. Op grond van het recht van de zetel, het Roemeense recht, kwalificeerden de arbiters het probleem als een vraag nopens de uitvoering van de overeenkomst (4).

Roemeense arbiters beschikken niet over een Roemeense i.p.r.-wet. Niettemin passen ook zij verwijzingsregels toe die uit het nationaal i.p.r. geput werden. In een uitspraak stelden de arbiters bijv. dat

.../...

- mbt. art. 10 lid 2 2b (wet van de plaats der ligging voor eigendomsvoorbehoud) : uitspraak 129/69 van 21 december 1971 (tevens Rev. Arb. 1974, 42).

- mbt. art. 10 lid 3 (plaats der sluiting voor andere overeenkomsten) : uitspraak nr. 24/72 van 3 september 1974.

(1) Zie uitspraak 2 november 1954, supra.

(2) Zie KLECKNER, 5 N.Y.U.J. Intern'l Law and Politics (1972), 233-249 ; NESTOR, Rev. Roum. jur. 1967, 256-257.

(3) Uitspraak van 1965, geciteerd door NESTOR, Rev. Roum. jur. 1967, 257 ; Clunet 1968, 422.

(4) Uitspraak 18 juni 1968, Clunet 1971, 626. Krachtens het Poolse recht moest de Roemeense verkoper de onderdelen dan ook teruggeven.

zij het Roemeens i.p.r. toepasten om, bij gebrek aan rechtsaanduiding, uit de plaats van sluiting en uitvoering van de overeenkomst en de plaats van de arbitrale zetel de "lex contractus", die de partijen stilzwijgend aangeduid hebben, af te leiden (1). In een andere uitspraak wendden de arbiters art. 2 lid 2 van het Roemeens burgerlijk wetboek als kiesregel aan ; op grond van deze bepaling besloten zij dat de bevoegdheid tot contracteren van een partij bepaald wordt door diens nationale wet (2). Zoals hun Sovjet collegas aanvaardden de Roemeense arbiters dat de overeenkomst, bij gebrek aan rechtsaanduiding, beheerst wordt door het recht van de plaats waar zij gesloten werd. Wanneer het echter, zoals bij de overeenkomst die door briefwisseling tot stand kwam, niet duidelijk is waar de overeenkomst gesloten werd, bepaalden de arbiter deze plaats aan de hand van art. 35 en 36 van het Roemeense handelswetboek (3).

De Roemeense arbiters wendden de normen van de Roemeense internationale openbare orde aan, ook al wordt een buitenlands recht door de verwijzingsregels aangeduid. Dit blijkt a contrario uit een uitspraak, over de vraag of de Roemeense kortere verjaringstermijn, die door de Roemeense verweerder als van internationale openbare orde voorgesteld werd, de langere verjaringstermijn van de Zwitserse "lex contractus" terzijde stelt (4).

Uit een enkele uitspraak van de Hongaarse (5) en de Bulgaarse (6) Arbitrage-commissies, waarvan uitspraken slechts zelden in het Westen gepubliceerd worden, blijkt ook dat deze Arbitrage-commissies kiesregels uit het forale i.p.r. putten.

302. De arbitrage-commissies uit de Oostblok-landen zijn duidelijk gelocaliseerd in het land waarin zij gevestigd zijn ; zij werden er bij wet opgericht en zijn er verknocht met het rechtsbestel. Hun voorwerp is de beslechting van geschillen van buitenlandse handel van dit

(1) Uitspraak 29 november 1958, Clunet 1968, 426.

(2) Uitspraak 7 juli 1970, Clunet 1971, 636 ; zie tevens uitspraak 29 november 1958, Clunet 1968, 419.

(3) Uitspraak 5 december 1956, Clunet 1968, 428.

(4) Uitspraak 10 oktober 1968, Clunet 1971, 631. In casu besloten de arbiters evenwel dat de Roemeense verjaringstermijn niet van internationale openbare orde was.

(5) Uitspraak geciteerd door CSIZMAS, als nr. 102/1961, 13 Ost-Europarecht (1967), 280 en als nr. 1024/1961 in Clunet 1973, 480. Zie tevens DIETZ, 5 N.Y.U.J. Intern'l Law and Politics (1972), 251-279.

(6) Zie uitspraak nr. 67/64 van 5 februari 1966, Clunet 1967, 173.

land, waarvan nagenoeg steeds één der partijen en alle arbiters onderdaan zijn (1). Dit verklaart waarom het voor arbiters van zulke Arbitrage-commissie voor de hand ligt om het nationale i.p.r. van dit land aan te wenden. Hiervoor geven zij geen rechtstheoretische bespiegelingen over de jurisdictionele natuur van de arbitrage ten beste. Partijen, die een geschil voorleggen aan een Arbitrage-commissie van het Oostblok, weten trouwens dat de arbiters het i.p.r. van de zetel zullen aanwenden, zodat tevens een impliciete opdracht aan de arbiters ontstaat om dit i.p.r. toe te passen.

Trammer, tot zijn overlijden, voorzitter van de Poolse Arbitrage-commissie, voerde evenwel aan dat de Arbitrage-commissies van Bulgarije, Hongarije, Joegoslavië, Polen, Roemenië en de U.S.S.R. - partijen tot het Europees Verdrag - zich bij de beslechting van transnationale handelsgeschillen, die door dit Verdrag bedoeld waren, laten leiden door art. VII. Bijgevolg zouden zij niet meer het nationaal i.p.r. van hun zetel, maar de "conflictenregel die ze ter zake passend achten" volgen (2). Geen uitspraak is mij echter bekend waarin een Arbitrage-commissie op grond van art. VII afzag van het nationaal i.p.r.. Trammers opvatting lijkt, zolang de arbitrale praktijk haar niet staaft, bijgevolg eerder op een zoeken naar spijkers bij laag water.

Bepaald fout lijkt daarenboven de opvatting van Fouchard over de Oost-Europese Arbitrage-commissies. Fouchard veronderstelt dat deze geen nationaal i.p.r. kunnen aanwenden omdat hun beslechttingsmonopolie inzake de buitenlandse handel de plaatselijke rechtbanken belet om zich uit te spreken over de rechtskeuze bij transnationale handelsgeschillen (3). Het is echter niet omdat de Arbitrage-commissies een andere soort geschillen beslechten dan de rechtbanken dat zij geen i.p.r.-principe van de rechtbanken kunnen overnemen (4). Naast het i.p.r., dat de rechters aanwenden, kan het nationaal i.p.r. speciale regels bevatten voor de handelsarbitrage. De i.p.r.-bepalingen inzake buitenlandse handelstransacties, die de wetgever in Polen, Tsjechoslovakije en de U.S.S.R. uitvaardigde, zijn bijv. onmiskenbare regels van nationaal i.p.r., die, gezien het beslechttingsmonopolie van de Arbitrage-commissies, niet voor de rechters, maar voor de arbiters bestemd waren. De kiesregels, welke

(1) Zie nrs. 3 en 29.

(2) Zie TRAMMER, H., The Law of Foreign Trade in the Legal Systems of the Countries of Planned Economy, in The Sources of the Law of International Trade, Londen 1964, 47.

(3) FOUCHARD, Arbitrage, nr. 550.

(4) Zie bijv. Hongaars Hof, maart 1964, Clunet 1973, 468.

de Arbitrage-commissies formuleren worden trouwens doorgaans als nationaal i.p.r. beschouwd (1). Het beslechttingsmonopolie inzake transnationale handelsgeschillen belet de Arbitrage-commissies derhalve niet om het nationaal i.p.r. van de zetel toe te passen.

3. De nationale arbitrage-instellingen

303. Talrijke arbitrage-instellingen, al dan niet bedrijfssectorieel, zijn duidelijk in een bepaald land gelocaliseerd. Doorgaans zijn het ondernemingen van dat land die voorstellen om geschillen aan deze arbitrage-instellingen voor te leggen. De arbiters van deze instellingen worden daarenboven meestal uit eigen nationalen gerecruteerd.

Zelden zullen arbiters van een bedrijfssectoriële instelling, die in een bepaald land gelocaliseerd kan worden, zoals de London Corn Trade Association en de Antwerpse Arbitrage-Kamer van Granen en Zaden, zich vragen stellen nopens de rechtskeuze. De arbiters missen vaak de juridische ingesteldheid om recht te zoeken. Het geschil vereist trouwens doorgaans geen andere normen dan deze die de overeenkomst en de handelsgebruiken voorschrijven. Indien zij niettemin een rechtssysteem moeten aanwenden, passen zij meestal krachtens "qui elegit arbitrum, elegit ius" het plaatselijk recht toe als "lex contractus" (2) - wat meestal volstaat. Wanneer de arbiters toch een recht moeten kiezen, ontleenen zij de kiesregels aan het plaatselijke i.p.r. (3). De rechtsleer lijkt hiermee in te stemmen (4). Arbiters van een bedrijfssectoriële arbitrage-instelling zijn in de regel immers geen spitsvondige juristen maar pragmatische handelslui. Indien zij tot het aanwenden van de kiesregels gedreven worden, mag het niet verwonderen dat zij, uit gemakzucht of om zich op bekende paden te houden, het eigen i.p.r. toe-

-
- (1) Zie bijv. mbt. het Sovjet i.p.r. : BATIFFOL, H., *Données récentes du droit international privé des contrats en U.R.S.S.*, Clunet 1975, 5-16, 5 ; LUNZ, Clunet 1973, 97-115.
 - (2) Zie nr. 277.
 - (3) Zie bijv. Scheidsgerecht Nederlandse Bond Oliën, Vetten en Oliezaden, Rotterdam 3 december 1963, Arbitrale Rechtspraak 1963, 356.
 - (4) Zie bijv. LEWALD, H., Ann. I.D.I. 1952, I, 512-513 ; FOUCHARD, Arbitrage, nr. 566.

passen. Partijen mogen niets anders van hen verwachten.

Ook voor de nationale arbitrage-instellingen, die niet bedrijfssectorieel zijn, zoals de London Court of Arbitration, het Belgische CEPINA enz., lijkt een overname der plaatselijke kiesregels in beginsel aangewezen. De arbiters en de instellingen zijn immers verknocht aan en ingeworteld in het plaatselijke rechtsbestel. Als alternatief voor de plaatselijke rechtbanken worden deze arbitrage-instellingen nog aantrekkelijker indien de arbiters de kiesregels van de plaatselijke rechter aanwenden zodat ook hun rechtskeuze meer rechtszeker wordt. Er bestaat bovendien geen reden waarom deze instellingen, die voor een zuiver intern geschil het locale recht aanwenden, van het lokaal i.p.r. zouden afzien indien een vraag van rechtskeuze zich stelt. Uitzonderlijk zouden omstandigheden, zoals een streven naar een universele oplossing of een buitengewoon transnationaal of internationaal-rechtelijk karakter van de beslechting, de arbiter er echter toe kunnen brengen om het nationaal i.p.r. van de zetel terzijde te stellen en om zelf universeel-bedoelde kiesregels te verwoorden.

4. Arbitrage der Internationale Kamer van Koophandel

304. Van de internationale organismer., die transnationale handelsarbitrage organiseren, de Internationale Kamer van Koophandel, de E.C.E., Orgalime, de International Wool & Textile Organization, enz. (1), is het eerste ongetwijfeld het meest bekend. Het transnationaal gehalte van de I.K.K.-arbitrage is meestal bijzonder hoog. Doorgaans raakt de beslechting drie rechtssystemen : de rechtssystemen van beide partijen en van de arbiter van eigen nationaliteit, door elk van de partijen aangesteld ; het rechtssysteem van het land van de derde arbiter, waar de arbitrage tevens plaats grijpt. De enkele gevallen, waar slechts twee (2) of slechts één (3) rechtssystemen geraakt werden, worden ruimschoots

(1) Zie nrs. 108-110, 113.

(2) Zie bijv. I.K.K. nr. 2290 (een geschil tussen een Franse en een Finse onderneming, Franse arbiter, plaats van arbitrage Parijs).

(3) Zie bijv. I.K.K. nr. 2378 (een geschil tussen twee Iraanse ondernemingen, drie Iraanse arbiters, plaats van arbitrage Teheran).

gecompenseerd door de arbitrages waarin vier (1) of vijf (2) rechtssystemen beroerd worden. De rechtskeuze is dus een essentieel element bij de arbitrage van de I.K.K.. Art. 13.3 van het arbitrage-reglement schrijft de arbiters dan ook voor om de "rule of conflict which he deems appropriate" toe te passen. Nergens bepaalt de I.K.K. evenwel hoe de arbiter deze geschikte kiesregel kan vinden.

In een enkele arbitrale uitspraak besloot de arbiter, zoals zijn Engelse collega in een arbitrage te Parijs tussen een Italiaanse en een Zwitserse onderneming, dat hij gebonden was aan het i.p.r. van de zetel :

"As the parties have agreed that this arbitration be conducted by me in Paris, France, it seems to me that the law to which I should look to determine which nation's law shall govern this arbitration should be the private international law of France. If the two substantive issues in this dispute were presented to a court in France, such court would look to French private international law to determine which nation's law should be applicable to their resolution and I see no good reason why in this particular dispute, I, as an arbitrator sitting in France, who was chosen by mutual agreement of the parties, should not also apply this same law" (3).

Zoals verder in dit hoofdstuk naar voren komt, strookt het echter niet met de structuur en het karakter van een arbitrage, zoals deze van de I.K.K., dat de arbiters als regel het i.p.r. van de zetel zouden aanwenden.

"Les liens étroits qui existent entre les tribunaux de droit commun et leur droit national et qui ont pour conséquence l'application de la lex fori à la solution des problèmes de conflit de lois, qui se posent aux juridictions nationales, sont absents dans le domaine de l'arbitrage fondé sur la volonté des parties" (4).

De zetel is meestal een toevallig element, dat niet door de partijen,

-
- (1) Zie bijv. I.K.K. nr. 2459 (een geschil tussen een Jordaanse en een Duitse onderneming ; Engelse arbiter ; plaats van arbitrage Parijs).
 - (2) Zie bijv. I.K.K. nr. 2216 (een geschil tussen een Algerijnse en een Noorse onderneming, plaats van arbitrage Parijs, Algerijnse, Belgische en Zwitserse arbiter ; plaats van arbitrage Genève).
 - (3) I.K.K. nr. 2699.
 - (4) I.K.K. nr. 2178.

maar door het Arbitrage-Hof, vastgesteld werd (1). Meestal gebeurt dit na ruggespraak of op aanwijzing van de partijen. Het is echter de vraag in welke mate de partijen de bedoeling hadden dat de aanduiding van de zetel ook zou insluiten dat tevens het nationaal i.p.r. van deze zetel de arbitrale kiesregels zou leveren. Meestal verwachten zij van de zetel slechts dat de arbitrage aldaar vlot zal verlopen. Hiervoor - en dit lijkt overigens ook één van de meest beslissende overwegingen van het Arbitrage-Hof bij het vaststellen van de zetel - is het in de eerste plaats wenselijk dat partijen en arbiters elkaar gemakkelijk kunnen ontmoeten in de arbitrale zetel. De inhoud van het plaatselijk i.p.r. heeft weinig invloed op het uitkiezen van de zetel. Bijgevolg mag de zetel ook de aan te wenden kiesregels niet dicteren.

305. Hoe weinig de partijen en de arbiters menen dat de zetel der arbitrage de kiesregels moet leveren blijkt uit een uitspraak van een Engelse arbiter, die in Parijs zetelde in een geschil tussen een Duitse concessiegever en een Jordaanse concessiehouder :

"If it were necessary to decide what the proper law of the contract was, the preliminary question would arise of what rules ought to be applied for the purpose of making that decision. The usual principle is that the proper law of a contract is determined according to the conflict rules of the *lex fori*. In the present case, this would have meant resort to the conflict rules of French law, for the hearing took place in Paris. I pointed this out to the parties during the hearing. Neither of them would accept that the usual principle applied to this case nor did either of them produce any expert evidence of *différents* conflict rules of French law" (2).

De band tussen de zetel en de arbitrage is zo onwezenlijk dat een arbiter van de I.K.K. in zijn uitspraak besloot :

-
- (1) De woorden uit de pionierstijd van de I.K.K.-arbitrage blijven nog steeds relevant, alhoewel een arbitrage "inter absentes" bij de I.K.K. heden weinig plaats grijpt : "Dans le cas, le plus fréquent, où l'arbitre juge sur documents à son bureau, la loi du for doit tout d'abord être exclue. En effet, l'arbitre est désigné par la Comité exécutif de la Cour d'arbitrage dans un pays autre que ceux des deux parties ; ce choix crée un for exceptionnel qui comme tel ne saurait avoir d'influence sur la question de la loi applicable" (Econ. intern. maart 1933, 9). Zie tevens GOLDMAN, 109 RdC (1963, II), 407.
- (2) I.K.K. nr. 2459.

"L'arbitre international ne dispose pas de lex fori à laquelle il pourrait emprunter des règles de conflit de lois" (1).

Immers, zoals arbiters van de I.K.K. in andere zaken vooropstelden, kunnen de arbiters, op dit punt niet met rechters gelijkgesteld worden :

"Bien qu'il soit généralement admis que les juges décident de la loi applicable en suivant les règles de conflit de lois de l'Etat au nom duquel ils rendent la justice, les arbitres ne peuvent avoir recours à de telles règles dans la mesure où ils ne reçoivent leur pouvoir d'aucun Etat" (2).

"Les règles déterminant la loi applicable varient de pays en pays. Les juges étatiques les puisent dans leur propre législation nationale, la lex fori. Un tribunal arbitral n'a pas de lex fori au sens strict de terme, surtout lorsqu'il s'agit d'un arbitrage à caractère international par l'objet du litige, le choix des arbitres et l'organisme même d'administration de l'arbitrage, en l'espèce de la Chambre de Commerce Internationale" (3).

Er zou evenwel een zekere prioriteit ten gunste van het i.p.r. van het forum bestaan. Zo vervolgden de arbiters in de juiste geciteerde uitspraak :

"Toutefois, même un pareil arbitrage a un minimum de liens avec une, et une seule législation nationale, qui est précisément celle du pays dont la loi régit la procédure et où la sentence à intervenir sera une sentence "interne" ou "nationale", tandis que, dans les autres pays, elle sera tenue pour une sentence "étrangère" (4).

In deze zin vermoedde de Engelse arbiter dat het Franse i.p.r., hoe toevallig Parijs ook als zetel der arbitrage gekozen was, gold zolang de Duitse en de Jordaanse partij hem niet van de aanwending van andere kiesregels overtuigden :

"I may add that neither side made any submission which I could have felt able to accept of what rules, if not those of the lex fori, ought to be applied in deciding what the proper law of the contract was" (5).

(1) I.K.K. nr. 1512, geciteerd door DERAIS, Rev. Arb. 1972, 102. Clunet 1974, 907.

(2) I.K.K. nr. 1776, geciteerd door DERAIS, Rev. Arb. 1972, 104.

(3) I.K.K. nr. 1689, geciteerd door DERAIS, Rev. Arb. 1972, 107-108, 108.

(4) Idem.

(5) I.K.K. nr. 2459.

In casu meende hij evenwel dat de contractuele normen volstonden zodat hij uiteindelijk geen rechtssysteem moest kiezen.

In een arbitrage tussen Belgische partijen en een Amerikaanse onderneming, die in Brussel plaats greep, erkenden de Belgische, Amerikaanse en Deense arbiters :

"It may be argued that ... an arbitral tribunal must follow the choice-of-law rules of the places in which it sits, and that it must apply the law designated by the applicable local choice-of-law rules. This is the approach urged by the Claimants".

De verweerder beweerde evenwel dat internationale arbiters niet aan het i.p.r. van de zetel gebonden waren, maar dat zij eigen, universele kiesregels mochten verwoorden. Zonder zich over deze twist uit te spreken erkenden de arbiters dat het i.p.r. van de zetel ook bij de rechtskeuze bij een arbitrage van een hoog transnationaal gehalte een zekere plaats innam :

"The arbitrators hold that, in the instant case, the Belgian choice-of-law rule is the same as the one they deem proper under principles of international commercial practice. It is therefore unnecessary that they choose one over the other" (1).

In andere uitspraken pasten de arbiters naast andere kiesregels ook het i.p.r. van de arbitrale zetel toe, alhoewel de plaats, waar de arbitrage zich afspeelde, geen wezenlijk element voor de beslechting lijkt (2).

306. Het i.p.r. van de arbitrale zetel kan wel één der belangrijkste instrumenten zijn om het aan te wenden recht te vinden ; het is echter - zoals verder zal blijken - niet het enige middel. Dit sluit in dat de arbiters van de I.K.K. zich m.i. niet mogen beroepen op het i.p.r. van de zetel om een materieel recht af te wijzen dat door de andere nog te bespreken kiesregels aangeduid werd.

In een arbitrage van de I.K.K. kan het i.p.r. van de zetel evenwel uit pragmatische overwegingen aangewend worden. Vaak gebeurt het dat de twee partijen elk een arbiter uit hun land benoemen, welke twee arbiters

(1) I.K.K. nr. 2064.

(2) Zie bijv. de uitspraken geciteerd door FOUCHARD, Arbitrage, nr. 569 en door GOLDMAN, 109 RdC (1963, II), 405. Tevens I.K.K. nrs. 1689 en 2096, geciteerd door DERAIS, Rev. Arb. 1972, 107-110 en 110-112.

dan een derde arbiter uit een neutraal land aanstellen. De arbitrage grijpt veelal plaats in dit neutraal land, waar de derde arbiter woont. De arbiters willen het materieel recht volgens neutrale kiesregels kiezen ; de gemakkelijkste oplossing lijkt er dan in te bestaan dat de derde, "neutrale" arbiter, die zoals gezegd meestal in eigen land zetelt, zijn eigen i.p.r. aanwendt (1). Deze derde arbiter werd evenwel niet door partijen gekozen. Waarschijnlijk leidt het i.p.r. van de derde arbiter, zoals ook ander i.p.r., wel tot een aannemelijk resultaat. Het lijkt evenwel onjuist om diens i.p.r. als beslissend te beschouwen.

Welke kiesregels dan wel aangewend moeten worden, wordt verder besproken.

5. "Ad hoc" arbitrage

307. De structuur van een transnationale "ad hoc" arbitrage bepaalt het transnationaal gehalte van deze beslechting. Een transnationale "ad-hoc" arbitrage kan alle aanknopingen met één rechtsorde bezitten behalve een band die zij, omwille van de herkomst van één partij of van een arbiter of omwille van de plaats der arbitrage, met een tweede rechtsorde zou hebben. In deze hypothese lijkt de "ad hoc" arbitrage duidelijk gelocaliseerd in één land, zodat de arbiters het i.p.r. zouden aanwenden van het recht waarmee nagenoeg alle aanknopingen bestaan.

Zo pasten een Rotterdamse "ad hoc" arbiter terecht het Nederlandse i.p.r. toe op een geschil tussen een Nederlandse vervrachter en een Australische bevrachter (2).

Om dezelfde redenen is het correct dat drie Belgische arbiters, die te

(1) Zo pasten een Tsjechoslovaakse en een Duitse arbiter (elk gekozen door een onderneming uit eigen land) en een Zwitserse derde arbiter, zetelend in Basel, het Zwitserse i.p.r. toe. (I.K.K. nr. 2462). In casu besloten zij dat het Tsjechoslovaakse recht, het recht van de verkoper, van toepassing was omdat de verkoopprestatie de overeenkomst merkte.

(2) Uitspraak 19 november 1963, Arbitrale Rechtspraak 1969, 366.

Antwerpen zetelden, Belgisch i.p.r. toepasten op een geschil tussen een Belgische verzekerde en buitenlandse verzekeraars (1).

Zo ook wendden drie Nederlandse arbiters met reden het Nederlands i.p.r. aan op een geschil tussen een Belgisch reisbureau en een Nederlandse drukker (2).

Een Noorse arbiter paste terecht het Noorse i.p.r. toe in een geschil tussen een Noorse rederij en een buitenlandse bevrachter (3).

Wanneer de "ad hoc" arbitrage, in hoofde van de partijen, de arbiters of de zetel der arbitrage, op meer dan één element na, niet in eenzelfde rechtsorde thuis hoort, is de "ad hoc" arbitrage niet duidelijk in één land gelocaliseerd. Welke kiesregels de arbiters dan moeten aanwenden, wordt hierna uiteengezet. Het i.p.r. van de zetel is evenwel ook dan mede richtinggevend bij de rechtskeuze.

In de arbitrage van de Zwitserse rechter Cavin tussen de Iraanse N.I.O.C. en de Canadese Sapphire International Petroleums Ltd. blijkt duidelijk hoe het i.p.r. van de zetel ongetwijfeld richtinggevend, maar niet beslissend is bij de "ad hoc" arbitrage welke niet duidelijk gelocaliseerd is in één land (4).

"Since the arbitration has its seat in Switzerland, Swiss private international law might be applicable, as the *lex fori*, for determining the substantive law applicable to the interpretation and performance of the agreement. However, in the view of some eminent specialists in private international law, since the arbitrator has been invested with these powers, as a result of the common intention of the parties, he is not bound by the rules of conflict in force at the forum of the arbitration. Contrary to a State judge, who is bound to conform to the conflict law rules of the State in whose name he metes out justice, the arbitrator is not bound by such rules. He must look for the common intention of the parties, and use the connecting factors generally used in justice and in case law and must disregard national peculiarities ... This consideration carries particular weight in the present case, since, in view of the fact that they have not directly agreed upon the seat of the arbitration, and instead have only determined which authority should appoint the umpire or the sole arbitrator, the parties

(1) Uitspraak 12 mei 1966, Jur. Anv. 1966, 413.

(2) Uitspraak 6 maart 1973, Asser-documentatie (Den Haag), nr. 7814.

(3) Uitspraak 2 april 1962, Asser-documentatie (Den Haag), nr. 5418.

(4) 13 I.C.L.Q. (1964), 1011. Volgens Lalive maakte de arbiter echter geen onderscheid tussen het i.p.r. van de zetel en ander i.p.r. (LALIVE, Ann. S. Dr. Intern. 1962, 284).

cannot be presumed to have agreed upon the choice of a conflict rule by their common choice of the forum of the arbitration. It is not however necessary to decide this question, since the application of the law of the forum leads to the same result".

De "ad hoc" arbitrage tussen Griekenland en de Zweedse onderneming Alsing, die een Zwitserse umpire in Zwitserland voerde, was ongetwijfeld niet in één land te localiseren. Met het woord verklaarde de umpire zich weliswaar enkel gebonden aan het i.p.r. van Griekenland omdat de oorspronkelijke beslechting aldaar plaats had. Met de daad paste hij evenwel ook het Zwitserse i.p.r. toe (1).

§ 2. De creatie van eigen kiesregels

308. Wanneer de arbitrage duidelijk in een land gelocaliseerd is, ontleent de arbiter - zo bleek het - het i.p.r. van dit land. De overname van het nationaal i.p.r. van het land, waar de beslechting gelocaliseerd is, biedt voordelen. Aan de hand van dit i.p.r. kunnen partijen voorzien welk recht de arbiter van toepassing zou verklaren op de rechtsverhouding zodat zij hun gedrag hiernaar kunnen richten. Het is hen tevens mogelijk om aan de hand van dit i.p.r. uit te vissen volgens welk recht zij hun zaak tijdens de arbitrale procedure moeten bepleiten; op deze wijze wordt hen de moeite gespaard om hun argumentatie volgens de verscheidene toepasbare rechtsorden te ontwikkelen. Wanneer de arbiter een verwacht recht van toepassing verklaart, loopt de uitspraak tenslotte geen kans om wegens de toepassing van onvoorzienne beslechtingsnormen onaanvaardbaar te zijn voor één of zelfs beide partijen.

Bij een arbitrage, die niet duidelijk te localiseren valt - bijv. omdat de partijen uit verscheidene landen komen en de arbitrage in een derde land plaats grijpt - liggen de kaarten anders. In dit geval bestaat er geen reden om de rechtskeuze eerder door het ene dan door het andere nationaal i.p.r. te laten leiden. Wanneer een arbiter bij een onduidelijk localiseerbare arbitrage toch een nationaal i.p.r. wil aanwenden, moet hij dit willekeurig kiezen. Willekeur in het overnemen van een nationaal i.p.r. kan tot het aanwenden van een onvoorspelbaar rechtssysteem leiden;

(1) The Alsing Trading Co. Ltd. and the Swedish Match Company v. the Greek State, 23 I.L.R. (1956), 633-658.

hierdoor vergroot het gevaar dat één of zelfs beide partijen de uitspraak niet zal aanvaarden. Anderzijds mag een arbitrage, die niet duidelijk gelocaliseerd is, niet te sterk gekleurd zijn door een nationaal recht. Weliswaar kan de arbiter er soms niet buiten om op een nationaal rechtssysteem te steunen (1). Dit sluit evenwel niet in dat ook de kiesregel, waarmee hij dit rechtssysteem kiest, uit een nationaal i.p.r. geput moet worden. Dit zou immers niet met de anationale geest van de onduidelijk localiseerbare arbitrage stroken. Het ligt meer in de lijn van deze arbitrage dat de arbiter zelf op zoek gaat naar de kiesregels die hem het meest geschikt lijken.

Sommige handelsarbitrages zijn volkenrechtelijk (2). Ook bij deze volkenrechtelijke arbitrages past het niet dat het toepasbare rechtssysteem gevonden zou worden aan de hand van een nationaal i.p.r.. Anderzijds bestaat er (nog) geen internationaal-rechtelijk i.p.r.-systeem alhoewel de rechtsleer hiernaar streeft en reeds enkele kiesregels in internationaal-rechtelijke uitspraken naar voren kwamen. De volkenrechtelijke handelsarbiter zal bijgevolg grotendeels zelf kiesregels moeten ontwerpen, die deel kunnen uitmaken van een internationaal-rechtelijk i.p.r.-systeem.

309. Art. VII van het Europees Verdrag inzake de internationale handelsarbitrage biedt geen leidraad: "de conflictenregel, die de arbiters ter zake passend achten", kan zowel doelen op het ontlenen van nationaal i.p.r. als op het scheppen van eigen kiesregels. Zoals gezien beduidt het Europees Verdrag voor sommige auteurs dat de arbiter nationaal i.p.r. moet overnemen (3). Andere commentatoren stellen daarentegen dat art. VII van het Europees Verdrag de arbiter toelaat om eigen kiesregels te ontwerpen (4). Gentinetta en Funke pogen zelfs hun opvatting te steunen op een interpretatie van de term "conflictenregel". Zij menen dat deze term erop duidt dat de arbiter separate kiesregels, en niet een i.p.r.-

(1) Zie nr. 248.

(2) Zie nrs. 125-130.

(3) Zie nr. 282.

(4) Zie bijv. FOUCHARD, Arbitrage, nr. 564; GOLDMAN, 109 RdC (1963, II), 390; LOUSSOUARN, Y. en BREDIN, J.D., Droit commercial international, Parijs 1969, 43; KAISER, Das Europäische Ubereinkommen, 151.

systeem, moet aanwenden (1). Dergelijke tekstinterpretatie overtuigt niet ; temeer daar de arbiters zich vaak juist wel op nationaal i.p.r. steunen.

310. Het is evenwel een feit dat de arbiters bij transnationale beslechtingen, die niet duidelijk in één land gelocaliseerd zijn of die een volkenrechtelijk karakter bezitten, eigen kiesregels scheppen. Deze paragraaf onderzoekt hoe de arbiter in zijn rechtskeuze gebonden kan zijn aan kiesregels, die hij zelf formuleert (A). Het is evenwel de vraag of de kiesregels, die arbiters creëerden, de partijen in staat stellen om te voorzien welk recht de arbiter op de casus zal aanwenden. Zoniet brengen deze kiesregels de rechtszekerheid van de partijen en de aanvaardbaarheid van de uitspraak in het gedrang. Uit de arbitrale uitspraken blijkt echter dat deze kiesregels doorgaans leiden naar een recht waarvan de aanwending voor de partijen billijk, voorzienbaar en aanvaardbaar is (B). Tenslotte wordt de vraag gesteld of de kiesregels, die de arbiter verwoordt, deel uitmaken van een anationaal systeem van i.p.r. (C).

A. De normatieve waarde van de kiesregel, door de arbiter verwoord

311. De arbiter, die bij een gelocaliseerde arbitrage kiesregels overneemt uit het nationaal i.p.r., doet dit omdat de verwachting van de partijen en zijn contractuele opdracht zulks voorschrijven. Deze kiesregels zijn voor hem norm omdat de arbitrage-overeenkomst hun aanwending impliciet gebiedt. De arbiter, die bij een onduidelijk-localiseerbare of volkenrechtelijke handelsarbitrage eigen kiesregels ontwerpt, heeft het moeilijker om aan te tonen waarom deze kiesregels hem binden en derhalve norm zijn. Hij kan vaststellen dat de arbitrage-overeenkomst hem de

(1) GENTINETTA, Lex Fori, 329 ; FUNKE, A., Het volgens art. VII lid 1 van het op 21 april 1961 te Genève gesloten Europees Verdrag inzake internationale handelsarbitrage toepasselijk recht, Arbitrale Rechtspraak 1961, 257-262 : door de term "rule of conflict" zouden anationale kiesregels aangeduid worden, terwijl door de term "internationaal privaatrecht" het nationaal i.p.r. zou aangewezen worden (p. 260).

bevoegdheid gaf kiesregels te scheppen. Hierdoor worden de door hem gecreëerde kiesregels echter nog geen norm.

Rechtspraak veronderstelt dat de arbiter zich ook bij de rechtskeuze door normen laat leiden. Een arbiter, die eigen kiesregels creëert, kiest daarentegen recht volgens zelf-gevonden principen. Hierdoor ontstaat het gevaar dat de arbitrage verglijdt van rechtspraak naar willekeur ; alhoewel de arbiter de schijn ophoudt dat hij volgens een rechtssysteem oordeelt, zou hij discretionair beslissen welk recht hij zal aanwenden. Dit gevaar wordt vermeden wanneer de kiesregels - die de arbiter creëert - voor hem als norm gelden. Zulks is mogelijk indien de arbiter bij het vinden ervan op zijn beurt andere normen respecteerde. Enkel arbiters, die op deze wijze kiesregels vinden, zijn, zoals Gutzwiller het noemt, "Knechte eines über ihnen stehenden, eben ihres Rechts" (1).

312. Het is denkbaar dat de arbitrale kiesregel enkel bepaalt dat het recht, dat de billijkste oplossing aan het geschil geeft, van toepassing is. Fouchard meende bijv. dat, alhoewel art. VII van het Europees Verdrag de arbiter opdraagt om de "passende" kiesregel aan te wenden, geen enkele kiesregel in zichzelf meer "passend" is dan een andere. Zij zouden slechts passend worden wanneer zij naar een geschikt materieel recht verwijzen (2). Deze opvatting sluit overigens aan bij de denkwijze van Amerikaanse i.p.r.-auteurs, zoals Cavers. Deze stelde dat men niet slechts, nadat in abstracto een recht gekozen is, vragen mag stellen over de inhoud van de materiële normen van dit recht ; integendeel, reeds de rechtskeuze zelf zou beïnvloed worden door de geschiktheid van de regels, die als beslechtingsnorm in aanmerking komen (3).

De verwoording van de kiesregel in functie van het materiële recht, dat men wil aangeduid zien, is een verleidelijke oplossing omdat zij naar

-
- (1) GUTZWILLER, M., Das Internationalprivatrecht der durch die Friedensverträge eingesetzten Gemischten Schiedsgerichtshöfe, Int. Jhrb. Schw. III, 123-152, 128.
 - (2) FOUCHARD, Arbitrage, nr. 567.
 - (3) Zie hierover KEGEL, G., Begriffs- und Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht, Festschrift H. Lewald, Bazel 1953, 270-271 ; VAN HECKE, 126 RdC (1969, I), 476-480.

de geschikte beslechtingsnormen wil verwijzen. Zij maakt evenwel elk zoeken naar een kiesregel tot een maskerade, die het uitpikken van de geschikste beslechtingsnorm verdoezelt. Aldus wordt niet het afwegen van de mogelijke kiesregels, maar het afwegen van de aanwendbare beslechtingsnormen, het zwaartepunt van de rechtskeuze ; de arbitrale beslechting zakt zo af naar een zuiver oordeel volgens billijkheid "praeter legem" om de billijke norm te vinden (1). Hoe kan men trouwens beslissen welke van twee redelijke, maar verschillende oplossingen de billijkste is zonder in het loutere discretionaire te vervallen ?

Met Kegel meen ik dat de arbiter derhalve eerst moet nagaan welk rechtssysteem de beslechtingsnormen dient te leveren ("internationalprivatrechtliche Gerechtigkeits") ; het is dan de taak van dit rechtssysteem om over rechtvaardige beslechtingsnormen te beschikken ("materiell-privatrechtliche Gerechtigkeits") (2). Slechts in uitzonderlijke omstandigheden, nl. wanneer de normen van het normaal aangewezen recht niet meer door de beugel kunnen, mag de inhoud van de aangeduide beslechtingsnormen ertoe leiden dat de normale kiesregel voor een meer aangepaste geruild wordt (3). De normale kiesregel kan echter niet gevonden worden door de subjectieve appreciatie van de toevallige inhoud van het aangeduide recht. Een meer objectieve en algemene norm is nodig.

313. Een minder bekende Duitse auteur van rond de eeuwwende, Zitelmann, lijkt mij de eerste die de problematiek van de kiesregels bij transnationale handelsarbitrage onderzocht heeft. Hij vertrok van een rechtsverhouding tussen partijen, afkomstig uit verscheidene rechtsorden welke elk verschillende regels voor deze rechtsverhouding vooropstellen. Doorgaans is een rechter uit het land van elk der partijen bevoegd wanneer een geschil rijst. De rechter van het land van de ene partij zal het

(1) Zie nr. 149.

(2) KEGEL, G., art. cit., 264.

(3) Zie nr. 336.

ene stel regels, deze van het land van de andere partij het andere stel regels aanwenden. Deze vaststelling helpt de partijen, die preventief willen weten volgens welke rechtsnormen zij zich moeten gedragen, evenwel niet vooruit. Zo ook - en Zitelmann lijkt de eerste die dit inzag - komt de arbiter, die het geschil in rechte beslechten moet, niet ver met de wetenschap dat de rechters van het land van elk der partijen andere beslechtingsnormen zouden aanwenden. Voor de arbiter is het aldus onmogelijk het geschil te beslechten zoals voorgeschreven door "het" recht, dat van land tot land verschilt. Hij kan zich ook niet op zijn eigen recht steunen want zijn nationaliteit (of domicilie) is - zo merkte Zitelmann reeds op - een toevalligheid. De arbiter kan ook geen kiesregels uit een nationaal i.p.r. putten. Slechts algemene beginselen van rechtskeuze komen in aanmerking als arbitrale kiesregels. De arbiter kan - aldus Zitelmann - de algemene kiesbeginselen vinden door een analyse van de kiesregels uit de nationale i.p.r.-systemen en door een onderzoek van de nationale en universalistische rechtsleer. Hieruit moet de arbiter alles wegziften wat lokaal gekleurd is. Aldus blijven "überstaatliche" en volkenrechtelijke beginselen over die gebruikt kunnen worden als kiesregel in de arbitrage (1).

314. Het supranationaal i.p.r., zoals Zitelmann het zich rond de eeuwwende had voorgesteld voor de handelsarbitrage, werd een twintigtal jaren later reeds toegepast door arbiters van de Gemengde Arbitrage-Hoven (2). Deze "Tribunaux Arbitraux Mixtes" (T.A.M.) waren door de

- (1) ZITELMANN, E., Internationales Privatrecht, Leipzig 1897, 20-25. Zie over het verschil tussen beginselen en regels : VAN HECKE, 126 RdC (1969, I), 431, MAURY, J., Règles générales des conflits de lois, 57 RdC (1936, III), 325-570, 360 ; nr. 219. Mbt. de internationale rechter, maar niet uitdrukkelijk mbt. de arbiter, werd een oplossing voorgestaan die gelijkaardig is met deze van Zitelmann, door : MAURY, art. cit., 361 ; NIBOYET, J.P., Le rôle de la justice internationale en droit international privé : conflit de lois, 40 RdC (1932, II), 157-235, 172-175.
- (2) Zie GUTZWILLER, M., art. cit., 132-141. Gutzwiller nam trouwens de term "überstaatlich", die Zitelmann gebruikt had, over (p. 128). Zie tevens LIPSTEIN, K., Conflict of Laws before international tribunals, 27 Trans. Grotius Soc. 142-182, 149-150 ; LIPSTEIN, K., General Principles of Private international law, 135 RdC (1972, I), 174-183.

vredesverdragen na WO I opgericht om zich o.a. uit te spreken over schadevorderingen n.a.v. het oorlogsgeweld. Voor de arbiters konden particulieren hun eisen instellen tegen een vroeger-vijandelijk land of de onderdanen ervan. De enkele kiesregels, die de T.A.M. en andere internationale instanties nadien (1). formuleerden, horen thuis in de volkenrechtelijke sfeer. Zij behoren tot het volkenrechtelijk i.p.r.. Deze, en alle kiesregels die de volkenrechtelijke handelsarbiters als deel van het volkenrechtelijk i.p.r. verwoordt, gelden als norm omdat het internationaal recht de "lex fori" van de volkenrechtelijke handelsarbitrage is.

315. Voor de niet-volkenrechtelijke handelsarbiters zijn deze kiesregels slechts een leerrijke inspiratiebron maar geen norm. De niet-volkenrechtelijke handelsarbiters heeft immers niet het internationaal recht, maar een andere normengeheel als "lex fori" (2).

Elke rechter beschikt over rechtsnormen, die eigen zijn aan het forum waarin hij zetelt ; en waaruit hij beslechtingsnormen kan putten. Zoals Gutzwiller het kleurrijk uitdrukt :

"Psychology without a soul, ein Prätor ohne Album, ein Gericht ohne eigenes "materielles recht", das wäre in der Tat ein rechtsgeschichtliches Unikum" (3).

Ook de arbiters moet bijgevolg over een "lex fori" beschikken.

Weliswaar verklaarden enkele uitspraken van T.A.M. onomwonden dat zij geen "lex fori" bezaten (4). Deze uitspraken bedoelden echter enkel dat de arbiters, die in de schoot van een tussen-staatlijke instantie oordeelden, geen beroep konden doen op het nationaal i.p.r. van één van beiden betrokken staten. Ook Gutzwiller erkende dit. Voor hem beschikte de T.A.M. evenwel over een eigen "lex fori": enerzijds de

(1) Zie LIPSTEIN, K., 27 Trans. Grotius Soc. 142-182 ; 135 RdC (1972, I), 174-183.

(2) Zie bijv. nrs. 155, 179, 222.

(3) GUTZWILLER, M., art. cit., 128.

(4) Zie bijv. Negreanu et Fils t. Meyer & Sohn, R.D.T.A.M. V, 200, 211 en Zeppenfeld t. Duitsland, R.D.T.A.M. VI, 243, 246.

bedingen van de verdragen, waardoor de T.A.M. opgericht werden, en anderzijds het supranationaal i.p.r.. Beide waren immers de normen die eigen waren aan het forum waarin een T.A.M. zetelde (1). De T.A.M. waren echter geen instellingen voor transnationale handelsarbitrage. Veertig jaren na Gutzwiller breidde Gentinetta diens opvatting inzake de "lex fori" bij de T.A.M. uit tot de transnationale handelsarbitrage.

In elk geval maakt de akte (arbitrage-overeenkomst en arbitragereglement), die de arbitrale beslechting in het leven riep, deel uit van het arbitraal "lex fori" (2). De arbitrage, die duidelijk gelocaliseerd is in een bepaald land, heeft bovendien het nationaal recht van dit land (i.p.r. inclusief) als "lex fori" overgenomen. Bij de arbitrage, die daarentegen onduidelijk localiseerbaar is, zijn de algemene rechtsbeginselen en de handelsgebruiken de andere normen van de arbitrale "lex fori" (3). Voor de rechtskeuze zou de arbiter in dit laatste geval als "lex fori" beschikken over anationale kiesregels, die algemeen door rechtspraak en auteurs aanvaard worden (4). Na decennia rechtspraak en rechtsverfijning bevestigde Gentinetta aldus wat Zitelmann eerder intuïtief had aangevoeld ; de transnationale handelsarbiter mag bij een beslechting, die onduidelijk localiseerbaar is, geen kiesregels van een nationaal i.p.r. overnemen ; hij kan enkel de algemene aanvaarde kiesregels verwoorden en toepassen. Deze laatsten maken immers, aldus Gentinetta, deel uit van het arbitraal "lex fori".

316. Het mag niet verwonderen dat een handelsarbiter, bij een niet duidelijk gelocaliseerde arbitrage, als "lex fori" kan beschikken over recht dat geen nationaal recht is. Doorgaans is "lex fori" wel de benaming welke een rechter, die meestal met één bepaald rechtssysteem geconfronteerd wordt, geeft aan dit systeem waarmee hij het meest vertrouwd is. Dit is wat Wengler de "Mythos von der Lex Fori" noemt (5). "Lex fori" is evenwel geen synoniem van rechts-

(1) GUTZWILLER, M., art. cit., 128.

(2) GENTINETTA, Lex Fori, 107-111.

(3) GENTINETTA, Lex Fori, 192-194.

(4) GENTINETTA, Lex Fori, 205-212.

(5) WENGLER, Der Mythos van der Lex Fori, in Jus Privatum Gentium, Festschrift M. Rheinstein, deel I, Tübingen 1969, 299-323.

systeem. Sommige nationale rechters beschikken niet over een rechtssysteem als "lex fori". Bijvoorbeeld in het Verenigd Koninkrijk bestaan meerdere rechtssystemen naast elkaar. Het House of Lords moet respectievelijk Engels of Schots recht aanwenden, naargelang de zaak in een lagere instantie door een Engelse of Schotse rechter beoordeeld werd. Het bezit bijgevolg geen nationaal rechtssysteem als "lex fori". Een dergelijke "Vielrecht"-rechter - zoals Wengler hem noemt - kan enkel een eigen "lex fori", een "Spezialrecht", opbouwen. De arbiters gelijken op "Vielrecht"-rechters : omdat zij geen traditie bezitten van de aanwending van een bepaald recht, mogen zij geen rechtsorde beschouwen als een eigen "lex fori". De arbiters kunnen evengoed het ene als het andere rechtssysteem aanwenden. Zij moeten een "Spezialrecht" ontwerpen om te kiezen tussen de aanwendbare rechtssystemen (1).

B. Richtlijnen bij het vinden van arbitrale kiesregels en casuïstiek

317. Voor Savigny, één der grondleggers van het huidige i.p.r., volgt de rechtskeuze uit de localisatie van de rechtsverhouding. Elke rechtsverhouding kan immers gelocaliseerd worden in een gebied, waarvan het recht dan op de rechtsverhouding van toepassing wordt (2). In deze optiek vindt de handelsarbitrator het recht, dat een rechtsverhouding regelt, door deze rechtsverhouding te localiseren. De localisatie van de rechtsverhouding zou aldus de vuistregel voor de arbitrale rechtskeuze zijn. Een rechtsverhouding is evenwel niet steeds gemakkelijk te localiseren ; - vooral wanneer deze localisatie moet gebeuren in een arbitrage, die zelf wegens de zetel van de arbitrage en de identiteit van partijen en arbiters niet duidelijk localiseerbaar is.

318. Hoe moeilijk een localisatie van een rechtsverhouding wel is, blijkt uit een analyse van een tiental arbitrale uitspraken, die de litigieuze overeenkomst situeren in een nationaal rechtssysteem. De localisatie van de litigieuze overeenkomst is trouwens het probleem,

(1) WENGLER, W., art. cit., 320-323.

(2) Zie bijv. BATIFFOL, H., Droit international privé, deel I, Parijs 1974, nr. 237-240.

waarmee de handelsarbiters het meest geconfronteerd worden en waaraan ook de rechtsleer heel wat aandacht heeft besteed (1). De localisatie kan volgen uit criteria zoals de plaats van sluiting der overeenkomst (2), de plaats van haar uitvoering (3), het land van één of van beide partijen (4), het land van de overwegende partij (5), het

- (1) Bijv. BATIFFOL, H., o.c., deel II, Parijs 1976, nr. 579-594 ; CHESHIRE, Private international law, Londen 1970, 199-205 ; RIGAUX, F., o.c., nr. 355-359.
- (2) I.K.K. nrs. 225 (geciteerd door FOUCHARD, Arbitrage, nr. 567), 1717 (tevens Clunet 1974, 891) ; "ad hoc" arbitrage 1963, Arbitrale Rechtspraak 1963, 174.
Soms is de plaats van sluiting niet achterhaalbaar en komt zij bijgevolg niet voor de localisatie in aanmerking (I.K.K. nr. 2489). In andere gevallen weerhouden de arbiters de plaats van waaruit het aanbod vertrok (I.K.K. nr. 433 ; geciteerd door FOUCHARD, Arbitrage, nr. 568) ; Nederlandse Huiden- en Lederbeurzen 1974, N.J. 1976, nr. 97).
De plaats van sluiting lijkt volgens sommige auteurs een belangrijker localisatie-element dan de plaats van uitvoering van de overeenkomst (tegengestelde opinie : cfr. volgende noot) : "Attendu que, selon une doctrine et une jurisprudence dominante, que l'on retrouve dans la plupart des pays, la loi du contrat doit être préférée à celle du lieu de l'exécution (cfr. notamment la solution recommandée par l'Institut de Droit International ...) (I.K.K. nr. 1472, tevens geciteerd door DERAINS, Rev. Arb. 1973, 141).
Voor "ad hoc" arbiters (1966, Arbitrale Rechtspraak 1967, 74) leek de plaats der sluiting daarentegen irrelevant.
- (3) I.K.K. nr. 169 (FOUCHARD, Arbitrage, nr. 567), 1434, 2362, 2558, 2602 ; Nederlandse Huiden- en Lederbeurzen 1974 (plaats waar verkochte goederen liggen en door de douane gecontroleerd moeten worden), N.J. 1976, nr. 97.
De plaats van uitvoering lijkt voor sommige arbiters relevanter door de plaats van de sluiting (bijv. "ad hoc" uitspraak 1957, Arbitrale Rechtspraak 1959, 243). Dit lijkt in overeenstemming met de huidige opvatting. Voor andere arbiters is de plaats van uitvoering daarentegen irrelevant ("ad hoc" arbitrage, Arbitrale Rechtspraak 1967, 74).
- (4) - Land waar één partij en de vertegenwoordiger van de andere partij gevestigd zijn : I.K.K. nr. 1717 (tevens Clunet 1974, 891).
- Land van één der partijen : I.K.K. nrs. 1434, 1893, 2558 ; "ad hoc" arbitrage 1963 (Arbitrale Rechtspraak 1963, 174) ; Nederlandse Huiden- en Lederbeurzen 1974 (N.J. 1976, nr. 97).
- (5) - Land van de verkoper : I.K.K. nr 2178 (volgens "L'évolution de la pratique européenne du droit commercial international, telle
.../...

land van de betalingsmunt (1), de houding van de partijen (2), de gebruikte taal (3) en de verwijzing naar een figuur uit een bepaald rechtssysteem (4). Indien de overeenkomst in een compromissoir beding de plaats aanduidt waar de arbitrale beslechting van het geschil moet plaatsgrijpen, kan deze plaats eveneens een localisatiefactor zijn (5).

.../...

qu'elle s'exprime par exemple dans les conditions générales de livraison de la Commission des Nations Unies pour l'Europe à Genève", nr. 2489 ; "ad hoc" uitspraak 1966 (want in overeenstemming met de rechtsleer en met het Verdrag (1955) inzake het op de internationale koop van roerende goederen aanwendbare recht - Arbitrale Rechtspraak 1967, 174).

- Land van de staat-medecontractant : I.K.K. nr. 2602.

- (1) I.K.K. nr. 169 (geciteerd door FOUCHARD, Arbitrage, nr. 567) ; 1893, 2558 ; Nederlandse Huiden en Lederbeurzen 1974 (N.J. 1976, nr. 97). In de "ad hoc" uitspraak 1966 (Arbitrale Rechtspraak 1967, 74) werd de betalingsmunt evenwel irrelevant geacht voor de localisatie.
- (2) I.K.K. nr. 2178. De houding der partijen werd evenwel irrelevant geacht in I.K.K. nr. 2602.
- (3) I.K.K. nrs. 1434, 2558, 2602.
De (Engelse) taal werd evenwel niet aanvaard als localisatie-element omdat deze taal voor dergelijke internationale handelscontracten gebruikelijk is (I.K.K. nr. 2489 ; "ad hoc" arbitrage 1963, Arbitrale Rechtspraak 1963, 174).
- (4) I.K.K. nrs. 169 (geciteerd door FOUCHARD, Arbitrage, nr. 567), 2558, 2602. Een contractueel beding, geïnspireerd door art. 190 lid 1 van de Zwitserse Code des Obligations is evenwel geen localisatie-factor ten gunste van het Zwitserse, en tegen het Duitse recht, wanneer ook het Duitse BGB § 376 een analoge regel bevat (I.K.K. nr. 2178).
Het gebruik van standaard-overeenkomsten van de Bremer Baumwollbörse localiseert de overeenkomst in het Duitse recht (zie de uitspraken van de arbiters van de Bremer Baumwollbörse, geciteerd door PLEWE, Die Schiedsgerichtsabrede, 153-154, vooral nr. 2183 mbt. een overeenkomst tussen Zwitserse en een Poolse partij).
- (5) - De localisatie-waarde van de arbitrale zetel, in het compromissoir beding aangeduid, hangt af van geval tot geval. De zetel van een aangeduide bedrijfssectoriële arbitrage-instelling, die met een land verworteld is, zoals bijv. de London Corn Trade Association, bezit bijv. een grotere localisatie-waarde dan de zetel van een "ad hoc" arbitrage, die weliswaar door de partijen bepaald was, maar die gelegen is in een land zonder enige band met het geschil (LALIVE, 120 RdC (1967, I), 661-662. Zie tevens BATIFFOL, H., Droit international privé, deel II, Parijs 1976, nr. 589; MEZGER, E., Schiedsvereinbarungen in internationalen Verträge, insbesondere in Konzessionsverträge, AWD 1964, 201-206, 204).

.../...

Deze localisatie-criteria werden niet allen aangewend ; het belang, dat de arbiters aan elk van hen toekenden bij de afweging van de verscheidene localisatie-elementen verschilde van beslechting tot beslechting. De localisatie leidde derhalve tot de meest-uiteenlopende beslissingen (1).

.../...

- Het feit dat de overeenkomst arbitrage bij een bedrijfssectoriële instelling voorziet, beduidt tevens vaak dat de overeenkomst in het lokale recht gelocaliseerd moet worden (cfr. PLEWE, Die Schiedsgerichtsabrede, 115-129 ; OLG München 15 juli 1954, AWD 1956, 127 - Hamburgse Arbitrage ; OLG Hamburg, 29 oktober 1958, AWD 1958, 249 - Hamburger Börse ; - Contra Nederlandse Huiden- en Lederbeurzen 1974, N.J. 1976, nr. 97).

- Een enkele maal was de aangeduide arbitrale zetel ook een localisatie-element bij een nationale arbitrage-instelling (LG Frankfurt 10 januari 1964, AWD 1964, 90 - Joegoslafse Arbitrage-commissie).

- In de I.K.K.-arbitrage bleek de zetel soms een localisatie-element (bijv. I.K.K. nr. 1434, 1893. Zie tevens Tribunal civil Seine 7 juli 1956, J.C.P. 1956.II.9460).

- Bij een "ad hoc" arbitrage is de zetel der arbitrage doorgaans niet relevant (zie Compagnie d'Armement Maritime S.A. v. Compagnie Tunisienne de Navigation S.A., (1970) All. E.R. 71).

In de "ad hoc" arbitrage 1966 (Arbitrale Rechtspraak 1967, 74) bleek het daarentegen de beslissende localisatie-factor.

Zie tevens Vita Food Products Inc. v. Unus Shipping Co., (1939) A.C. 277, 290 : "The provision in a contract for English arbitration imports English law as the law governing the transaction, and those familiar with international business are aware how frequent such a provision is even where the parties are not English and the transactions are carried out completely outside England".

- (1) Bijv. - plaats van sluiting, ondanks plaats van uitvoering (I.K.K. 1472, tevens geciteerd door DERAIS, Rev. Arb. 1973, 141) ;
- plaats van uitvoering, land van partij, plaats van arbitrage, ondanks plaats van sluiting ("ad hoc" arbitrage 1963, Arbitrale Rechtspraak, 1963, 174) ;
- plaats van uitvoering ondanks land van partijen, plaats van partijen, land van arbiters (I.K.K. nr. 2362) ;
- vermits plaats van uitvoering in drie landen, plaats van sluiting, land van partijen, taal, betalingsmunt, rechtstermen (I.K.K. nr. 2558) ;
- plaats van uitvoering, taal, plaats van arbitrage, ondanks land van partijen, plaats van sluiting (I.K.K. nr. 1434) ;
- plaats van sluiting, land van partij, plaats van arbitrage, betalingsmunt (I.K.K. nr. 1893) ;
- rechtstermen, taal ondanks overwegende partij en plaats van uitvoering (I.K.K. nr. 2602) ;
- plaats van uitvoering, land van partij, betalingsmunt want plaats van arbitrage en land van partij irrelevant (Nederlandse Huiden- en

.../...

319. De localisatie van handelsovereenkomsten, waarbij een staat of een internationaal organisatie partij is, stelt nog een delicates probleem. Moeten deze overeenkomsten gelocaliseerd worden in een nationaal rechtssysteem of in het internationaal recht ?

Een onderscheid dient gemaakt : enerzijds bestaan er de handelsovereenkomsten tussen volkenrechtelijke rechtspersonen, zoals staten of internationale organisaties ; anderzijds zijn er de handelsovereenkomsten tussen aan de ene kant een staat of internationale organisatie en aan de andere kant een buitenlands privaatrechtelijk persoon, - meestal een handelsonderneming.

320. Over de localisatie van een handelsovereenkomst tussen volkenrechtelijke rechtspersonen is de rechtsleer het niet eens. Voor Aselmann moeten deze overeenkomsten steeds in het internationaal recht gelocaliseerd worden (1). Juister lijkt de opvatting van Lauterpacht. Deze auteur stelde dat staten met elkaar handelsovereenkomsten kunnen sluiten, welke geen rechtstreeks verband houden met de uitoefening van hun staatsfunctie. Hij dacht in dit verband aan een leningsovereenkomst, een gewone huurovereenkomst of een akkoord over de bouw en het onderhoud van een brug over de stroom die hun wederzijdse grens vormt. Dergelijke overeenkomsten zouden in het nationaal recht gelocaliseerd moeten worden. Inderdaad, behalve het feit dat de partijen staten zijn, behoren deze overeenkomsten helemaal tot de toepassingsfeer van het nationaal recht. Slechts overeenkomsten, waarbij een staat als politieke en soevereine entiteit handelt, horen thuis in het internationaal recht (2).

.../...

Lederbeurzen 1974, N.J. 1976, nr. 97);

- land van de verkoper (I.K.K. nr. 2178 ; enkel omdat plaats van uitvoering niet achterhaalbaar : I.K.K. nr. 2489);

- plaats van arbitrage omdat plaats van sluiting, plaats van uitvoering, betalingsmunt, land van de verkoper irrelevant ("ad hoc" arbitrage 1966, Arbitrale Rechtspraak 1967, 74).

- (1) ASELMANN, Anwendbarkeit innerstaatlichen Rechts auf zwischenstaatliche Verträge, 246-247.
- (2) LAUTERPACHT, H., Private Law Sources and analogies of international law, New York 1927, 4.

Lauterpachts opvatting werd dertig jaar nadien bevestigd door de arbitrale uitspraak in het geschil over de afgeleide scheepsladingen tussen Groot-Britannië en Griekenland (1). Deze uitspraak localiseert een overeenkomst tussen staten in het internationaal recht wanneer zij gesloten werd door de partijen in hun hoedanigheid van staat, nl. ter uitvoering van een volkenrechtelijke taak of in omstandigheden waarin enkel een staat zich kan bevinden. Hieruit kan men afleiden dat een overeenkomst, die door beide partijen niet als staat afgesloten werd, gelocaliseerd moet worden in een nationaal recht (2). Dit stemt trouwens overeen met Reuters mening (3).

321. De grootste onenigheid bestaat er echter over de localisatie in het internationaal recht van overeenkomsten tussen een staat en een buitenlands privaatrechtelijk persoon.

De staat kan een gewone handelsovereenkomst afsluiten met een buitenlands privaatrechtelijk persoon. Indien hij zich niet bevindt in omstandigheden, waarin enkel een staat zich kan bevinden en geen volkenrechtelijke taak uitvoert, moet de overeenkomst - in overeenstemming met de lering uit de zaak der afgeleide scheepsladingen - in het nationaal recht gelocaliseerd worden. Zo pasten Engelse arbiters het Engels recht - en niet het internationaal recht - toe op bevrachtingsovereenkomsten, waarbij een staat partij was (4).

Waar dienen echter de overeenkomsten gelocaliseerd die enkel door een staat-partij kunnen afgesloten worden met een buitenlands privaatrech-

-
- (1) Arbitrale uitspraak 10 juni 1955, R.C.D.I.P. 1956, 278 met noot BATIFFOL, 285-286 ; Rev. Arb. 1956, 15 ; R.S.A. deel XII, 65. Zie tevens nr. 166.
 - (2) Dit onderscheid knoopt aan met het onderscheid tussen "iure imperii" en "iure gestionis", zoals dit bij de immuniteit van jurisdictie geldt. Zie nrs. 125, p. 183 en p. 185.
 - (3) REUTER, P., Introduction au droit des traités, Parijs 1972, 45.
 - (4) Bijv. Government of Ceylon v. Chandris, (1963) 2 Q.B. 327 ; The President of India v. Metcalfe Shipping Co., (1969) 2 Q.B. 123.

telijk persoon ? Gedacht wordt bijv. aan overeenkomsten tot het verlenen van een uitbatings- of ontginningsconcessie.

De localisatie in het internationaal recht van dergelijke overeenkomst houdt ongetwijfeld voordelen in. Deze overeenkomsten veronderstellen doorgaans aanzienlijk investeringen vanwege de privaatrechtelijke persoon. Het is derhalve uitgesloten dat dergelijke overeenkomsten, gezien de verrichte investeringen en het gevaar dat de staat zijn wetgevende macht zou misbruiken, (enkel) door het nationaal recht van de staat-medecontractant geregeerd zouden worden (1). Hoeveel voordelen een localisatie in het internationaal recht ook moge bezitten, zij kan slechts plaats grijpen wanneer de overeenkomst werkelijk in het internationaal recht gelocaliseerd kan worden. De Engelse rechter erkende dat deze localisatie mogelijk is (2). Enkele auteurs, waaronder Mann, stelden dat een staat en een privaatrechtelijk persoon geldig kunnen bedingen dat hun overeenkomst door het internationaal recht beheerst wordt wanneer de overeenkomst thuis hoort in de volkenrechtelijke sfeer (3). Hierdoor wordt enkel bevestigd dat een localisatie in het internationaal recht niet uitgesloten is ; de vraag, wanneer de overeenkomst zich daadwerkelijk in het internationaal recht situeert, blijft open. De rechtsleer onderzoekt deze vraag slechts sedert enkele jaren. Geen duidelijke oplossing heeft zich reeds afgetekend (4). De voorstellen van vier recente auteurs (Weil, Rengeling, Böckstiegel en Fischer) worden hierna toegelicht.

322. Weil stelde zich de vraag of een overeenkomst tussen een staat en een buitenlandse privaatrechtelijke persoon niet objectief ("de la

(1) Zie nrs. 208-210.

(2) Orion Cia. Espanola de Seguros v. Belfort Maats., (1962) 2 Lloyd's Rep. 257, 264 (Justice Megaw).

(3) MANN, Jus et Lex, 481-482 ; MANN, Brit. YB. Int. L. 1959, 41-46, RENGELING, Privatvölkerrechtliche Verträge, 107 ; SCHLESINGER-GUNDISCH, 28 RabelsZ. (1964), 23. WENGLER, geciteerd door VAN HECKE, Ann. I.D.I. 1977 ; zie tevens nr. 127.

(4) Zie nrs. 127, 129, 165-166, 223.

nature même du contrat") in het internationaal recht kan gelocaliseerd worden. Overeenkomsten ter economische ontwikkeling zijn de overeenkomsten per uitstek - en misschien nagenoeg de enige - die hiervoor in aanmerking komen (1). Voor deze localisatie hecht Weil immers meer belang aan de aard van de overeenkomst dan aan de moeilijk achterhaalbare bedoeling van de partijen. Een overeenkomst, die zich objectief in het internationaal recht situeert, is aldaar - aldus Weil - enkel niet gelocaliseerd indien de partijen uitdrukkelijk bepaald hebben dat hun overeenkomst uitsluitend door het nationaal recht geregeerd wordt (2). Door het feit dat een buitenlandse privaatrechtelijke persoon met een staat een overeenkomst sluit, die zich in het internationaal recht situeert, wordt de privaatrechtelijke persoon als volkenrechtelijk persoon erkend ; maar dit uitsluitend door de staat-medecontractant en slechts voor zover door de overeenkomst vereist (3). Een overeenkomst, die in het internationaal recht gelocaliseerd is, is slechts ten dele onderworpen aan het "droit international des contrats". Dit is voor Weil het deel van het internationaal recht dat dergelijke overeenkomsten regeert en dat beginselen van het tussen-staats internationaal recht (bijv. "pacta sunt servanda") heeft overgenomen. De geldigheid van de overeenkomst alsook de eerbiediging van de politiewetten worden evenwel geregeld door het nationaal recht (4).

323. Rengeling vertrok van de vaststelling dat het internationaal recht alleen de tussenstaatse verhoudingen regelt. Anderzijds stelde hij vast dat bij investerings-, concessie-, kartel- en leningsovereenkomsten alsook bij overeenkomsten ter economische ontwikkeling, en alle dergelijke overeenkomsten tussen een staat en een buitenlands privaat-

(1) WEIL, 128 RdC (1969, III), 187.

(2) WEIL, 128 RdC (1969, III), 175-176.

(3) WEIL, 128 RdC (1969, III), 185.

(4) WEIL, 128 RdC (1969, III), 188. Deze opvatting wordt echter door WEIL zelf verder (p. 191) tegengesproken : "c'est la relation contractuelle dans son ensemble que la règle internationale va régir, et le statut du cocontractant va se trouver concerné au moins indirectement, en ce sens qu'en déterminant les droits et obligations de l'Etat le droit international fixe du même coup, et par ricochet, ceux du cocontractant".

rechtelijk persoon, partijen de overeenkomst buiten de sfeer van het nationaal recht willen houden. Deze bedoeling kan afgeleid worden uit het feit dat partijen voor deze overeenkomsten algemene rechtsbeginselen of internationaal recht als recht aanduiden en dat zij voor een arbitrale beslechting opteren. Bovendien beperkt de staat-medecontractant door de overeenkomst vaak de uitoefening van zijn soevereine rechten en ratificeert hij de overeenkomst zoals een volkenrechtelijk verdrag (1). Deze overeenkomsten horen bijgevolg - aldus Rengeling - thuis in het "Privatvölkerrecht", een nog niet uitgebouwd recht dat met het tussen-staatse volkenrecht het "recht van de internationale gemeenschap" zou uitmaken (2).

324. Böckstiegel onderzocht de localisatie in het internationaal recht van overeenkomsten, zoals koop-overeenkomsten (3), leningen (4) en concessie-overeenkomsten (5), gesloten tussen een staat en een buitenlands privaatrechtelijk persoon. Hij stelt vast dat partijen veelal voor deze overeenkomsten een ander recht aanduiden dan het nationaal recht, nl. de algemene rechtsbeginselen en vooral het internationaal recht (6). Tevens komen in dergelijke overeenkomsten vaak arbitragebedingen voor, waardoor hun beslechting aan de nationale rechter onttrokken wordt (7). De overeenkomsten worden namens de staat afgesloten door het staatsorgaan, dat bevoegd is om volkenrechtelijke verdragen af te sluiten of te bekrachtigen en de staat aldus volkenrechtelijk te binden. Deze overeenkomsten worden overigens gesloten volgens de procedure, die bij verdragen gevolgd wordt (8). In deze overeenkomsten neemt de staat-medecontractant verplichtingen op (bijv. dat hij de wet

(1) RENGELING, Privatvölkerrechtliche Verträge, 45-62, 202-203.

(2) RENGELING, Privatvölkerrechtliche Verträge, 199, 232.

(3) Zie BOCKSTIEGEL, Der Staat, 86, noot 40.

(4) Zie BOCKSTIEGEL, Der Staat, 90, noot 55.

(5) Zie BOCKSTIEGEL, Der Staat, 84-93.

(6) Zie BOCKSTIEGEL, Der Staat, 110-144, 249-252.

(7) Zie BOCKSTIEGEL, Der Staat, 238-248.

(8) Zie BOCKSTIEGEL, Der Staat, 233-238.

niet zal wijzigen of dat hij vermindering van belastingen zal toestaan) welke zich niet in het privaatrecht situeren, maar een uiting zijn van de staatssoevereiniteit (1). Indien al deze kenmerken in een overeenkomst aanwezig zijn, staat men - aldus Böckstiegel - voor een "beschränkt völkerrechtliches Vertrag". Zodra één of enkele kenmerken ontbreken, is dit niet meer zo zeker. Essentieel lijkt evenwel de omstandigheid dat de overeenkomst, namens de staat, afgesloten wordt door het orgaan dat tevens de verdragen afsluit of bekrachtigt. De andere kenmerken zouden vervangen kunnen worden door een verklaring vanwege de staat dat hij zich - abstractie gemaakt van de overeenkomst en het recht dat deze beheerst - gebonden acht door het internationaal recht (2). Een "beschränkt völkerrechtliches Vertrag", in het internationaal recht gelocaliseerd, bindt de staat krachtens het internationaal recht. Erkend door de staat als zijn medecontractant tot dergelijke overeenkomst verkrijgt de buitenlandse privaatrechtelijke persoon - aldus Böckstiegel - een tot de contractuele relatie beperkte volkenrechtelijke rechtspersoonlijkheid (3). Voor Böckstiegel is het internationaal recht het geheel van normen, die de verhouding regelen tussen de staten en de door deze als gelijkberechtigde erkende entiteiten. Om deze reden kan de overeenkomst zonder meer in het internationaal recht gelocaliseerd worden vermits de privaatrechtelijke persoon door zijn medecontractant als beperkt volkenrechtssubjekt erkend werd (4).

325. Fischer gaat niet - zoals Rengeling - uit van de bedoeling van partijen. Evenmin stelt hij zich - zoals Böckstiegel - de vraag welk orgaan namens de staat de overeenkomst sloot. Zoals Weil, maar meer uitgewerkt en gefundeerd, vertrekt hij van de aard van de overeenkomst. De overeenkomst, waartoe hij zijn onderzoek beperkt, is de concessie-overeenkomst tussen een staat (of hiermee verwante entiteit) en een

(1) Zie BOCKSTIEGEL, Der Staat, 223-233.

(2) BOCKSTIEGEL, Der Staat, 310-311.

(3) BOCKSTIEGEL, Der Staat, 309.

(4) BOCKSTIEGEL, Der Staat, 180-188.

buitenlands privaatrechtelijk persoon. Dergelijke concessie zou - aldus Fischer - in wezen aan het internationaal recht onderworpen zijn wanneer de staat voor een lange tijd staatkundige taken en rechten mbt. het geconcedeerde gebied aan de concessionaris overdraagt (bijv. verlenen ontginningsrecht en fiscale voordelen met als tegenprestatie o.a. het verzorgen van infrastructuur, het organiseren van onderwijs, en het verstrekken van medische hulp) (1). Het nationaal recht en internationaal recht willen immers elk specifieke verhoudingen regelen; de "Inhaltstypizität" van het nationaal recht heeft tot gevolg dat de concessies enkel in het internationaal recht thuis horen (2). Door de opgelegde taken komt de privaatrechtelijke persoon trouwens enigszins op het niveau van de staat, en wordt hij ook door deze als gelijk erkend (3). De inhoud van de concessie - en niet zozeer de wijze waarop zij afgesloten werd (4) of het feit dat zij door arbiters moet beslecht worden (5) - localiseert deze in het internationaal recht.

326. Het is moeilijk om de opvattingen van deze auteurs te appreciëren. Het probleem is te recent aan de orde gekomen om de rechtsleer toe te laten een evenwichtige en globale oplossing voor te stellen. De opvatting van Rengeling lijkt weinig gefundeerd. Enerzijds steunt hij de localisatie van de overeenkomst in het internationaal recht vooral op de loutere bedoeling van de partijen om niet gebonden te zijn door het nationaal recht. Anderzijds is het "Privatvölkerrecht", dat hij voorstelt, een vaag en onuitgewerkt systeem, waarvan alleen hijzelf het bestaan aanvaardt. Weil daarentegen localiseert de overeenkomst aan de hand van haar natuur - wateen beter criterium is. Zijn opvatting werd echter niet voldoende uitgewerkt om te overtuigen. Böckstiegel en Fischer hebben de richting, die Weil aangeduid heeft, grondiger geëxploreerd. Böckstiegel schenkt m.i. evenwel te veel aandacht aan het orgaan, dat de overeenkomst namens de staat afsluit. De localisatie in

(1) FISCHER, Konzession, 257-345.

(2) FISCHER, Konzession, 317-319.

(3) FISCHER, Konzession, 440; FISCHER, O.Z.o.R. 1973, 362-363.

(4) FISCHER, Konzession, 439.

(5) FISCHER, Konzession, 446-447.

het internationaal recht zou voor hem eerder volgen uit de natuur van de overeenkomst. Om deze reden lijkt Fischers opvatting de meest aanvaardbare oplossing - ondanks maar tevens omdat hij enkel de localisatie bestudeerde van de internationale concessie-overeenkomst, en dit uitsluitend aan de hand van haar natuur.

327. De localisatie van de rechtsverhouding is een middel om het recht te kennen, dat deze beheerst. Een andere methode is de analyse van de belangen, die door de rechtsverhouding geraakt worden. Drie groepen belangen, "de Partei-interessen", de "Verkehrsinteressen" en de "Ordnungsinteressen", dienen - aldus Kegel - de inhoud van de kiesregels te bepalen (1). Ook bij de arbitrale rechtskeuze gelden deze belangen. De partijen tot de arbitrage wensen een goede beslechting, en bijgevolg ook een juiste rechtskeuze. Het handelsverkeer heeft nood aan klare uitspraken waarnaar het zich kan richten. De uitspraak van de transnationale handelsarbitrer moet in harmonie zijn met de rechtsorde, die deze uitspraak moet erkennen. Een arbitrer, die kiesregels moet vinden, kan deze belangen niet over het hoofd zien. Zij zijn evenwel te vaag om voor hem als leidraad te dienen.

Het was Wengler die meer in detail omschreef door welke principen het vinden van kiesregels wordt beïnvloed. Deze auteur formuleerde zes algemene beginselen van i.p.r., welke aan de grondslag liggen van de systemen van nationaal i.p.r. : de openbare orde, de materiële harmonie, het doel van de materiële wetten, het vermijden van internationale tegenstrijdigheden, de doeltreffendheid van de uitspraak en het politiek belang (2). Deze principen betreffen de "Verkehrs-" en "Ordnungs-

-
- (1) KEGEL, G., Begriffs- und Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht, Festschrift H. Lewald, Bazel 1953, 274-277 ; zie tevens RABEL, E., Conflict of Laws, Ann Arbor 1945, deel I, 90.
 - (2) WENGLER, W., Die allgemeinen Rechtsgrundsätze des I.P.R. und ihre Kollisionen, Zeitschrift für das öffentliche Recht 1943-1944, 473-509 ; door Francescakis vertaald als "Les principes généraux du droit international privé et leurs conflits", R.C.D.I.P. 1952, 595-622 en 1953, 37-60. Zie ook de analyse van Wengler's opvatting in VAN HECKE, 126 RdC (1969, I), 432-443.

interessen", die bij de rechtskeuze op het spel staan. Wengler bekeek het probleem van het i.p.r. eerder met de ogen van de jurist, bedacht op de harmonie tussen de rechtssystemen en op de toepassings-sfeer van het nationale recht, dan met de ogen van rechtszoekenden, die verlangen dat de meest-geschikte beslechtingsnormen van toepassing worden. Voor de specifieke "Partei-interessen" ruimde hij bijgevolg geen plaats in. Niettemin is het ook in het belang van de partijen dat een recht gekozen wordt waardoor internationale tegenstrijdigheden vermeden worden en waardoor de uitspraak doeltreffend is. Bijgevolg vertonen Wenglers beginselen, ook wat de onderliggende belangen betreft, geen aanwijsbare lacunes. Wengler voerde een relatieve hiërarchie in tussen bovenvermelde beginselen, waardoor het bij het vinden van kiesregels duidelijk zou worden welk principe primeert. Met Kegel (1) meen ik dat dit overbodig is vermits de beginselen slechts belangen betreffen die als richtlijn fungeren. Wanneer er tegenstrijdigheid is, nl. wanneer de beginselen naar verscheidene rechtssystemen refereren, moet de arbiter in het licht van de casus en -wat onvermijdelijk is - naar eigen goeddunken de beginselen tegen elkaar afwegen. Hij dient dan vooral rekening te houden met de beginselen die hem het meest doorslaggevend lijken.

De beginselen van i.p.r., die Wengler formuleerde, gelden ook voor de arbitrage. Dit blijkt uit talrijke arbitrage-uitspraken. De arbitrale kiesregels, die reeds verwoord werden, kunnen anderzijds, aan de hand van Wenglers beginselen, in een systematisch geheel ondergebracht worden.

1. Het streven naar een internationale harmonie

328. Een correcte beslechting streeft ernaar aan een geval een oplossing te geven die hieraan ook gegeven zou worden in andere rechtsorden. Dergelijke internationale harmonie veronderstelt dat voor alle rechters, waar ook ter wereld, eenzelfde materieel recht eenzelfde casus regelt. Slechts in dit geval wordt, omwille van het gekozen recht

(1) KEGEL, G., art. cit., 267.

tenminste, elke tegenstrijdigheid uitgeschakeld tussen de beslechtingen van een casus door verscheidene rechters.

Wengler noemt dit streven het "beginsel van het minimum aan internationale tegenstrijdigheden" (1). Yntema spreekt van het "zekerheidsbeginsel" (2) ; Kegel van een "externe beslissingsharmonie" (3). Dit streven naar een internationale harmonie vormt - aldus Wengler - de voornaamste richtlijn bij de rechtskeuze voor de rechter van een staat, welke geen wezenlijke band met het geval bezit en welke bijgevolg niet eist dat de "lex fori" aangewend wordt (4). A fortiori geldt het voor de arbiter. De arbiter heeft immers met een staat geen verhouding zoals de rechter. Hij heeft minder redenen om het recht van diē staat aan te wenden en kan bijgevolg meer openstaan voor een internationale harmonie.

Uit arbitrale uitspraken blijkt hoe de arbiters zich laten leiden door kiesregels welke deel zouden uitmaken van nagenoeg alle nationale systemen van i.p.r.. De overname van dergelijke universele kiesregels streeft ongetwijfeld de internationale harmonie na. Immers, in de mate dat het recht, dat de arbiters kiezen, ook door de rechters uit de verscheidene landen aangewend wordt, verdwijnt het probleem van een anderslopende rechtskeuze.

329. Een internationale harmonie veronderstelt dat men zich laat inspireren door alle nationale i.p.r.-systemen. Een dergelijk wereldomvattend onderzoek is uiteraard onverwezenlijkbaar. Beperkingen dienen aangebracht.

Het i.p.r. van de rechters, die het geschil hadden beoordeeld indien geen arbitrage had plaats gehad, komt in elk geval in aanmerking. Wengler meende bijv. dat men in de eerste plaats rekening moet houden met het i.p.r. van de "betrokken" staten, nl. vooral van de staten, die ook een eigen rechtbank bevoegd verklaren om over de casus te oor-

(1) WENGLER, R.C.D.I.P. 1952, 610-613.

(2) YNTEMA, H., Les objectifs du droit international privé, R.C.D.I.P. 1959, 1-29, 20.

(3) KEGEL, G., art. cit., 277 ("äusserer Entscheidungseinklang").

(4) WENGLER, R.C.D.I.P. 1953, 50-51.

delen (1). Arbitrage-auteurs, zoals von Hoffmann en Gentinetta, stellen zonder veel argumentatie dat de arbiters zich vooral moeten laten inspireren door het i.p.r. van de rechtbanken, die over het geschil hadden mogen oordelen, waren ze niet door de overeenkomst tot arbitrage onbevoegd verklaard (2). De overname van het i.p.r. van de bevoegde rechtbanken kan gestaafd worden door het verlangen naar een doeltreffende beslechting (3); tevens echter door het streven naar een internationale harmonie.

Ook het i.p.r., dat elk der partijen eigen is, zou - voorzover nog niet geanalyseerd - moeten onderzocht worden. Kegel erkende dat elk der partijen er belang bij heeft dat een recht, waarmee zij zich verbonden voelt, toegepast wordt (4). Dit sluit in dat de arbiter zich bij de rechtskeuze moeten laten leiden door het nationaal i.p.r. van de partijen. Zoals hij op een binomiale manier beslechtingsnormen kan toepassen (5), kan hij ook de kiesregels van het nationaal i.p.r. van elk der partijen binomiaal aanwenden, wanneer de kiesregels gelijk zijn of tot éézelfde resultaat leiden. Door een binomiale toepassing van de beslechtingsnorm overtuigt de arbiter de partijen van de juistheid van deze norm. De binomiale aanwending van het nationaal i.p.r., waarmee de partijen vertrouwd zijn, bewijst hen de juistheid van de arbitrale rechtskeuze vermits ook hun eigen, vertrouwde rechter op grond van zijn i.p.r. dit recht zou kiezen. De binomiale toepassing van het i.p.r. bevestigt daarenboven het anationale karakter van de arbitrale beslechting.

Een arbiter zal - wat voor de hand ligt - tenslotte vaak naar het eigen i.p.r. kijken. Zoals hij voor het verwoorden van algemene rechtsbeginselen meestal bij het eigen recht te rade gaat (6), zal hij even-

(1) WENGLER, R.C.D.I.P. 1952, 611.

(2) GENTINETTA, Lex Fori, 330; von HOFFMANN, Internationale Handelschiedsgerichtsbarkeit, 130.

(3) Zie nr. 330.

(4) KEGEL, G., art. cit., 274.

(5) Zie nrs. 227-229.

(6) Zie nr. 217.

eens vanuit het eigen i.p.r. de internationale harmonie zoeken.

Het lijkt een universele kiesregel dat partijen het recht kunnen aanduiden dat de overeenkomst regeert (1). De arbiters hebben geen moeite om zich ervan te overtuigen dat de internationale harmonie vergt dat zij dit aangeduide recht kiezen.

"Attendu qu'il échet d'abord de faire application des règles générales du droit international privé pour déterminer quelle loi nationale régit le contrat et les différends qu'il engendre, et notamment celui qui est présentement soumis aux arbitres. Attendu qu'il est constant que la juridiction saisie doit dès d'abord appliquer la règle de l'autonomie de la volonté et examiner de la sorte à quelle loi, dans leur contrat ou ailleurs, les parties ont étendu se référer..." (2).

"Cet accord sur le droit applicable est conforme aux règles du droit international privé suivies dans la plupart des Etats du monde civilisé, et il doit être observé par le tribunal arbitral" (3).

In vele arbitrale uitspraken wordt de internationale harmonie nagestreefd door het naast elkaar aanwenden van het nationaal i.p.r.-systeem van elk der partijen en van de arbiter. De arbiters beantwoorden - zo stelde een uitspraak van de I.K.K. - hierdoor aan de wens van de partijen :

"Mais s'ils peuvent mettre en lumière que, sur le point soulevé, les règles de conflits des différents Etats avec lesquels le litige qui leur est soumis a des liens, sont de la même teneur ou conduisent au même résultat, ils sont habilités à appliquer ces règles de conflits commun, étant ainsi certains de satisfaire l'intention implicite ou supposée des parties dont ils reçoivent leur pouvoir" (4).

Zo oordeelde een Belgisch arbiter van de I.K.K. in Brussel, in een geschil tussen een Franse en een Duitse partij, dat hij de aanduiding door partijen van het Duitse recht moest eerbiedigen, omdat het i.p.r. van partijen en van hemzelf zo voorschreef :

"Attendu qu'il incombe à l'arbitre de respecter la légitime autonomie de la volonté des parties sur ce point, que quel que soit le droit applicable, soit le droit allemand, soit le droit fran-

(1) Zie nr. 262.

(2) I.K.K. nr. 1375 van Zwitserse, Italiaanse en Belgische arbiter, zetelend te Genève.

(3) Aramco-uitspraak van Zwitserse en twee Araabse arbiters, zetelend te Genève, R.C.D.I.P. 1963, 304.

(4) I.K.K. nr. 1776, geciteerd door DERAIS, Rev. Arb. 1972, 104.

çais, soit, à titre de "lex fori", le droit belge, la primauté de cette référence à la volonté des parties est à sauvegarder" (1).

Een Zwitserse, een Franse en een Duitse arbiter van de I.K.K., die te Bazel moesten oordelen over een overeenkomst tussen een Franse en een Duitse onderneming, stelden vast dat een Zwitserse rechter het Franse recht zou kiezen. Zij vervolgden :

"Un tribunal arbitral siégeant en Suisse sera conduit à la même conclusion, dans la mesure où il doit tenir compte du droit international privé du for".

De arbiters verkozen evenwel resoluut een binomiale benadering :

"Mais dans une procédure d'arbitrage international, il paraît approprié de consulter également les règles de conflits de lois des pays avec lesquels le litige a des points de contact, soit en l'espèce des règles de conflits françaises et allemandes".

Net nationaal i.p.r. van elk der partijen wees tevens het Franse recht aan. De arbiters besloten hun binomiale benadering met de vaststelling :

"Il paraît ainsi que les trois systèmes de droit international privé avec lesquels le contrat ou la procédure d'arbitrage ont des contacts convergent pour soumettre le contrat au droit français" (2).

In een geschil tussen een Duitse verkoper en een Amerikaanse koper had de arbiter aan de hand van het Franse i.p.r., het recht van de arbitrale zetel, nl. het Duitse recht, als "lex contractus" aangeduid. Hij maakte de rechtsvinding evenwel binomiaal door vast te stellen, dat ook het i.p.r. van de partijen tot eenzelfde rechtskeuze leidde (3).

In een andere uitspraak van de I.K.K. paste de Franse arbiter enkel het i.p.r. van beide partijen (een Italiaanse en een Spaanse onderneming) toe. Het eigen i.p.r. vermeldde hij niet :

"Il faut relever à cet égard que la règle de conflit, contenue à l'article 25 des dispositions préliminaires du Code civil italien attribue la compétence législative pour régir les obligations contractuelles à la loi du lieu où sont survenus les faits dont ces obligations dérivent. Cette solution est

(1) I.K.K. nr. 1031.

(2) I.K.K. nr. 2096, tevens geciteerd door DERAINS, Rev. Arb. 1972, 110-111. Zie ook I.K.K. nr. 2438 waar de arbiters binomiaal het Franse, Spaanse en Zwitserse recht aanwendden.

(3) I.K.K. nr. 1689, tevens geciteerd door DERAINS, Rev. Arb. 1972, 107-109.

également conforme aux principes généraux du droit international privé de l'Espagne" (keuze van recht inzake oneerlijke mededinging) (1).

Soms is het evenwel moeilijk te achterhalen of de arbiters recht kozen op een binomiale manier. In een geschil tussen een Duitse en een Joegoslaafse partij stelden de Franse en de Joegoslaafse arbiters bijv. eerst vast dat het Duitse i.p.r. niet het Haagse Verdrag inzake de internationale koop van roerende goederen (1951) omvatte. Vervolgens noteerden zij dat de "hypothetische" partijwil-een typisch Duits begrip (2) - niet achterhaalbaar was. Vermits geen andere aanwijzing dan de plaats van uitvoering aanwezig was, gaven de arbiters tenslotte de voorkeur aan het recht van deze plaats (Joegoslavië) - weerom conform met het Duitse i.p.r.. Aldus blijkt op drie wijzen dat de arbiters de rechtskeuze aanvingen met het Duitse i.p.r.. Binomiaal werd de rechtskeuze nadien, wanneer de arbiters stelden dat overigens ook het Joegoslaafse i.p.r., weliswaar om een andere reden, hetzelfde materieel recht zou aangeduid hebben :

"De surcroît d'après les principes de droit international privé yougoslave, le droit de l'endroit de la conclusion du contrat est un important indice, et, en l'occurrence, le contrat a été conclu à Skopje" (Joegoslavië) (3).

Deze uitspraak toont aan dat een binomiale beslechting niet veronderstelt dat de kiesregels, die samen aangewend worden, dezelfde zijn ; zij moeten enkel naar hetzelfde resultaat leiden. In casu was het land van uitvoering, relevant voor het Duitse i.p.r., hetzelfde als het land van sluiting, belangrijk voor het Joegoslaafse i.p.r. (4).

(1) I.K.K. nr. 1990, tevens geciteerd door DERAINS, Rev. Arb. 1972, 105.

(2) Zie nr. 270.

(3) I.K.K. nr. 1782.

(4) Zie bijv. ook I.K.K. nr. 2096 waarin het Zwitserse i.p.r. het Franse recht aanduidde omdat in Frankrijk de karakteristieke prestatie van de overeenkomst geleverd werd. Het Franse i.p.r. duidde het Franse recht aan omdat daar de overeenkomst uitgevoerd moest worden ; het Duitse i.p.r. omdat de "hypothetische" partijwil het recht aanduidde van de partij wiens prestatie het meeste "doorwoog". Zie tevens I.K.K. nr. 1689, geciteerd door DERAINS, Rev. Arb. 1972, 107-109.

2. De zorg voor de doeltreffendheid der uitspraak

330. Voor Wengler moet de kiesregel zoveel mogelijk de "sterkste" rechtsorde, nl. het recht van de staat, die de grootste kans maakt om zijn mening inzake het toe te passen recht op te dringen, aanduiden (1). Wanneer het te voorzien valt dat de arbitrale uitspraak zal erkend of tenuitvoer gelegd worden door een rechter, doet de arbiter er best aan met het i.p.r. van die rechter rekening te houden. Indien de arbiters, door een foute rechtskeuze, verkeerde normen toepassen, kan de rechter de erkenning of tenuitvoerlegging weigeren (2). De doeltreffendheid van de arbitrage vereist bijgevolg dat de arbiter de rechter, o.m. door een rechtskeuze, geen reden geeft om de uitspraak te ontkrachten (3).

Voor Kegel is de "Durchsetzbarkeit" overigens één van de "Verkehrsinteressen" waarmee bij de formulering van de kiesregel rekening dient gehouden (4).

De doeltreffendheid van de arbitrage veronderstelt in de eerste plaats dat de arbiter enigszins rekening houdt met het recht van de rechter, die de arbitrage bevoegt (5). De uitspraak, die door de bevoegde rechter werd nietig verklaard omdat zij strijdig is met de openbare orde (6), kan krachtens het Verdrag van Genève (7) en het Verdrag van New York (8) (niet het Europees Verdrag (9)) in geen andere verdrags-

(1) WENGLER, R.C.D.I.P. 1952, 614 ; zie tevens VAN HECKE, 126 RdC (1969, I), 440.

(2) Zie nrs. 53-77 ; 93.

(3) Zie bijv. GOLDMAN, 109 RdC (1963, II), 464-466, LUZATTO, Rivista di diritto internazionale privato e processuale 1971, 76.

(4) KEGEL, G., art. cit., 275.

(5) Zie nrs. 81-86.

(6) Zie nrs. 53-77.

(7) Art. 2 b.

(8) Art. V, 1, e.

(9) Art. IX.

staat meer tenuitvoer gelegd worden. Deze reden kan de arbiter ervan weerhouden om recht te kiezen, waarvan de toepassing indruist tegen de openbare orde van de bevoogdende rechter.

Indien de arbitrage beheerst wordt door de Franse of Engelse arbitragewet, kan daarenboven voor de arbiter de verplichting bestaan om het Franse of Engelse i.p.r. getrouw te volgen.

Volgens de Franse arbitragewet kan de rechter de arbitrale beslechting in beroep overdoen indien de mogelijkheid van dit beroep niet uitgesloten werd (1). In dit geval moet een arbiter omwille van de doeltreffendheid het Franse i.p.r. volgen. Indien hij immers een ander recht zou kiezen dan hetgeen het Franse i.p.r. aanduidt, zal de rechter in beroep de arbitrale uitspraak vervangen door een vonnis. Naar Engels recht kan elke partij de Engelse rechter vragen welk recht de arbiter had moeten kiezen ; de arbitrale uitspraak is ontkracht indien de arbiter fout recht aanwendde (2). Om deze reden zou bij een arbitrage, die beheerst wordt door de Engelse arbitragewet, het Engels i.p.r. de rechtskeuze moeten richten.

De plicht van de arbiter om een recht te kiezen, dat de doeltreffendheid van de uitspraak niet schaadt, wordt trouwens bevestigd door het arbitragereglement van de I.K.K. :

"In all matters not expressly provided for in these rules, ... the arbitrator ... shall make every effort to make sure that the award is enforceable at law" (art. 26).

De zorg voor de doeltreffendheid der uitspraak veronderstelt een vooruitziende arbiter : hij dient te weten in welke landen de uitspraak tenuitvoergelegd zou kunnen worden ; wat de openbare orde van deze landen vereist ; of de beslechtingsnormen, waaraan hij denkt, tegen deze openbare orde indruisen.

Een dwanguitvoering heeft echter meestal plaats in het land van de onwillige partij. Een rechtskeuze volgens de binomiale methode, waarbij mede het i.p.r. van dat land gevolgd wordt, vergroot derhalve de doeltreffendheid van de uitspraak.

(1) Zie nr. 54.

(2) Zie nrs. 71-73.

3. Het bereiken van een interne harmonie

331. De internationale harmonie, waarnaar men bij de rechtskeuze moet streven, vereist, zoals reeds vermeld, dat de verscheidene systemen van i.p.r. voor éénzelfde rechtsprobleem hetzelfde recht aanduiden. De materiële harmonie - zoals Wengler het noemt - vraagt dat een probleem beheerst wordt door een recht dat ook van toepassing is op de problemen, die nauw met het eerste samenhangen (1). Wanneer men niet in de mate van het mogelijke eenzelfde recht toepast op een complexe rechtsverhouding, verdwijnt de materieelrechtelijke overeenstemming tussen de normen, die op deze rechtsverhouding van toepassing zijn. Aldus zou een disharmonie ontstaan in de uitspraak, die ook door de arbiter moet vermeden worden.

332. De interne harmonie bepaalt eerstens in welke munt de arbiters hun veroordeling moeten uitspreken. In een periode van de- en revaluatie en schommelende wisselkoersen is het immers mogelijk dat de waardeverhouding tussen deze munt en de munt van elk der partijen gewijzigd is tussen de datum van de uitspraak en de datum van de (gedwongen) betaling. De oplossing, die de Amerikaanse - en tot voor kort tevens de Engelse rechter - aankleefde, was het principe dat de rechter de veroordeling enkel in de munt van het forum kan formuleren (2). Dit heeft tot gevolg dat latere waardewijzigingen tussen de munt van het forum en de munt van de betalende of ontvangende partij de te betalen som niet wijzigen. Andere rechters, zoals de Belgische en Franse, veroordelen tot een bedrag in vreemde munt, waarvan de tegenwaarde betaald moet worden in eigen valuta en omgerekend aan de hoogste koers, hetzij van de dag der veroordeling, hetzij van de dag der betaling (3). Weer andere rechters, zoals de Duitse (4) - en sinds onlangs ook de Engelse (5) - mogen de veroordeling gewoonweg in een vreemd munt uitspreken.

Voor de arbiter stelt het probleem zich anders. Hij is niet gehouden aan de munt van de arbitrale zetel, zoals de rechter dit is (6). Voor

(1) WENGLER, R.C.D.I.P. 1952, 602-606. WOLFF, M., Private international law, 1950, Oxford, 209 spreekt van interne harmonie; KEGEL, G., art. cit., 276 van "innerer Entscheidungseinklang".

(2) Zie VAN HECKE, G., Currency, in de International Encyclopedia of Comparative law, III, ch. 36-14.

(3) Zie VAN HECKE, G., *idem*.

(4) Zie VAN HECKE, G., *idem*.

(5) Zie Schorsch Meier v. Hennin, (1975) 1 All. E.R. 152; Miliangos v. George Frank (Textiles) Ltd., (1975) 1 All. E.R. 1076; (1975), 3 All. E.R. 801.

(6) Arbitrale uitspraak 18 januari 1968, Jur. Anv. 1968, 45. Zie The .../...

veroordelingen wegens contractuele inbreuken kiest hij de munt waarin de contractprijs uitgedrukt was. Dit is niet alleen een constante in de rechtspraak van onduidelijk-localiseerbare arbitrages, zoals bijv. de meeste I.K.K.-beslechtingen.

"Attendu que le dollar, retenu comme monnaie de paiement dans le contrat avenü entre parties, doit l'être également dans la sentence, même en ce qui concerne l'indemnité puisque celle-ci tend à composer un préjudice subi sur le marché américain" (1).

Zelfs een duidelijk-gelocaliseerde arbitrage-instelling, zoals de Sovjet Arbitrage-commissie voor Buitenlandse Handel, spreekt de veroordeling uit in de munt van de overeenkomst (2).

Dat de arbiter niet gehouden is aan de munt van het forum blijkt uit een Engels vonnis, dat, in de tijd dat de Engelse rechter enkel tot Engels pond mocht veroordelen, aan de Engelse arbiter toeliet om zijn uitspraak te vellen in de munt waarin de te betalen sommen in het contract waren uitgedrukt. Een Joegoslafse reder had een schip verhuurd aan een Panamese bevrachter. De overeenkomst, afgesloten op de Bahamas, vermeldde U.S. dollars als munt. Engelse arbiters van de London Maritime Arbitrators Association hadden de Panamese bevrachter veroordeeld tot een betaling in dollars. Lord Denning, die de opinie van het Court of Appeal vertolkte, oordeelde :

"In my opinion British arbitrators have authority, jurisdiction and power to make an award for payment of an amount in foreign currency.

They can do this - and I would add, should do this - whenever the money of account and the money of payment is in one single foreign currency, because it is the proper currency of the contract. By that I mean that it is the currency with which the payments under the contract have the closest and most real connection...

But, if the transaction is closely connected with two currencies the arbitrators can, and should make their award in whichever of the two currencies seems to them to produce the most appropriate and just result" (3).

.../...

"Teh Hu", (1969) 2 Lloyd's Rep. 365, 372 ; The "Kozara", (1973) 2 Lloyd's Rep. 1, 4.

- (1) I.K.K. nr. 2103, tevens geciteerd door DERAINS, Clunet 1974, 903.
- (2) Uit een analyse van de uitspraken nrs. 67-104, van de Sovjet Arbitrage-commissie bleek bijv. dat 25 uitspraken de handel met het Westen betroffen. Van deze 25 werd maar één uitspraak in Sovjet roebels uitgesproken ; de andere betroffen Nederlandse guldens, Engelse of Libanese ponden, U.S. dollars, Duitse marken, Franse frank. De andere uitspraken, mbt. de handel tussen de Comecon-landen, werden allen in roebels geveld.
- (3) The "Kozara", (1973) 2 Lloyd's Rep. 1, 10.

Het lijkt logisch dat het bedrag, waarvan de arbiter de betaling gebiedt, uitgedrukt wordt in de munt, die de partijen onderling bedongen voor de betaling, verschuldigd in het raam van de overeenkomst. De partijen achten deze munt hiervoor de meest geschikte. Bijgevolg dient ook de arbiter elke betalingsplicht tussen de partijen in deze munt te verwoorden.

In een tijd van financiële onrust kunnen partijen in hun overeenkomst enerzijds een munt gebruiken om de grootte van het te betalen bedrag uit te drukken (money of account ; monnaie de compte) en anderzijds een munt aanduiden waarin het bedrag, dat aldus bepaald werd, betaald moet worden (money of payment ; monnaie de payment). De betaalmunt is slechts relevant op het ogenblik van de betaling ; wanneer het te betalen bedrag omgerekend moet worden in de betaalmunt tegen de koers, zoals die op het ogenblik van deze betaling geldt. De arbiter bepaalt de grootte van de schuld van de verliezende partij. Hieruit volgt dat hij zijn veroordeling moet begroten in de rekenmunt. Hij moet de partijen tevens bevelen om dit bedrag om te zetten in de betaalmunt, tegen de hoogste koers (hetzij van de dag der veroordeling, hetzij van de dag der betaling). Aldus eerbiedigt hij tegelijk het vertrouwen der partijen in de stabiliteit van de rekenmunt en hun wens dat het bedrag in de betaalmunt zou overgemaakt worden.

Deze opvatting blijkt tevens uit de - weliswaar volkenrechtelijke - arbitrage tussen Griekenland en Engeland inzake de "afgeleide scheepsladingen". In deze uitspraak stelde arbiter Cassin dat de eiser moest aantonen wat de reken- en wat de betaalmunt was ; de arbiter drukt de veroordeling uit in de rekenmunt, maar verklaart haar betaalbaar in de betaalmunt :

"Que, spécialement, quand il s'agit d'une créance contractuelle en argent, il lui appartient d'apporter au juge ou à l'arbitre international la démonstration que la monnaie dont il réclame le paiement est bien celle qui a été convenue au contrat et, éventuellement, la preuve qu'une monnaie de compte déterminée, distincte de la monnaie de paiement, doit, en vertu de l'accord, fixer la mesure de la créance, c'est-à-dire, la quantité de monnaie de paiement dont l'Etat débiteur doit créditer le créancier pour s'acquitter de sa dette" (1).

De munt, die de partijen voor de contractuele betaling bedongen, zou volgens een arbiter van de I.K.K., tevens het recht aanduiden dat bepaalt welke vergoeding wegens vertraagde betaling verschuldigd is :

"Quant au taux des intérêts moratoires, il s'agit d'une question liée à la monnaie du contrat qui est la Peseta, elle-même soumise aux réglementations en vigueur en Espagne en ce qui concerne les

(1) Zie R.C.D.I.P. 1956, 286.

changes étrangers et les transferts" (1).

Het probleem van de moratoire intrest houdt evenwel eerder verband met de inhoud van de contractuele plicht van betaling dan met de munt, waarin de partijen hun transactie berekenden. Bijgevolg lijkt het probleem der moratoire intresten - zoals de andere vragen omtrent de inhoud der contractuele rechten en plichten - naar de eisen van de interne harmonie geregeld te worden door de "lex contractus" (2).

333. Meestal beoordelen de arbiters de handelsovereenkomst. De rechtskeuze vangt derhalve doorgaans aan met de keuze van de "lex contractus". De interne harmonie van de beslechting is erdoor gediend wanneer deze "lex contractus" zoveel mogelijk aspecten regeert van de rechtsverhouding tussen de partijen. De omstandigheid, dat de "lex contractus" vaak het enige recht is dat de partijen hebben aangeduid, en de verplichting voor de arbiter om zoveel mogelijk te beslechten volgens de normen, die de partijen voor ogen hadden, kunnen enkel de drang versterken om aan de "lex contractus" het ruimst mogelijke toepassingsgebied te verlenen.

De interne harmonie vergt dat de "lex contractus" zoveel mogelijk de bewijsvoering regelt. Dit blijkt duidelijk uit een arbitrale beslechting van een geschil over een montage-overeenkomst voor een fabriek in Turkije. In de overeenkomst waren de algemene beginselen van het overeenkomstenrecht aangeduid. De arbitrage-overeenkomst gebod de arbiter te oordelen volgens het procedurerecht van Turkije. Tijdens de uitvoering van de overeenkomst waren de partijen mondeling akkoord gegaan dat enkele punten van het ontwerp gewijzigd zouden worden. Getuigen konden bewijzen dat beide partijen met deze wijziging akkoord waren gegaan. Eén der partijen voerde evenwel voor de arbiter aan dat de bewijsregeling een aangelegenheid van het procedurerecht was. Naar Turks recht, dat de procedure regelde, kon een wijziging van de schriftelijke aannemingsovereenkomst enkel door geschriften bewezen worden. Alhoewel de wijziging vaststond volgens de billijkheid (onbe-

-
- (1) I.K.K. nr. 1990. Zie evenwel meer correct de I.K.K.-uitspraak, geciteerd door FOUCHARD, Arbitrage, nr. 571, p. 394 waarin de arbiter de intresten liet bepalen door de "lex contractus"; tevens de uitspraak, van de Joegoslaafse Arbitrage-commissie (1966), geciteerd door VARADY, Jug. Rev. Med. Pravo, 1970, 351 waarin de "lex contractus" en het procedurerecht samen binomiaal de moratoire intresten bepalen.
- (2) Zie bijv. Aruna Mills Ltd. v. Dhanrajmal Gobindram, (1968) 1 Q.B. 655; Woodhouse Ltd. v. Nigerian Produce Ltd., (1972) 2 W.L.R. 1090, waar Engelse arbiters volgens de Engelse "lex contractus" oordeelden of de waardewijziging in de betalingsmunt (Indische roepie; Nigeriaanse shilling) moest vergoed worden.

één van de algemene beginselen van het overeenkomstenrecht), hield de arbiter deze wijziging voor ongeldig (1). Door de bewijsregelen niet te putten uit de "lex contractus", maar ze als procedureprobleem door het procedurerecht te laten beheersen, ontkrachtte de arbiter de effectieve draagwijdte van wat de partijen als normen voor hun rechtsrelatie beoogden.

Om eenzelfde reden zouden de arbiters ook uit de "lex contractus" de regelen moeten putten welke de verjaring (of verval) van de contractuele rechten regelt. Dit stemt overeen met de praktijk in de continentale rechtssystemen (2). In het Anglo-Amerikaanse recht wordt de verjaring daarentegen beschouwd als een probleem van procedurerecht, dat elke rechter volgens het foraal recht oplost. De partijen kunnen derhalve, door behendig een forum uit te kiezen, bepalen of een recht verjaard of vervallen verklaard zal worden of niet (3). De Anglo-Amerikaanse opvatting strookt niet met het streven naar harmonie, dat aan de overeenkomst - waar ook beoordeeld - eenzelfde draagwijdte wil toekennen. Bij de onduidelijk-localiseerbare arbitrage beschikt de arbiter over geen nationale "lex fori", waaruit hij de verjaringsregels zou kunnen putten (4). Derhalve is het aangewezen dat hij de verjaring van de contractuele rechten beoordeeld volgens de normen van de "lex contractus" (5).

De interne harmonie wettigt echter niet dat de arbiter het recht van de "lex contractus" zonder meer ook aanwendt op een (tegen)-eis (bewijs en verjaring inbegrepen) wegens oneerlijke handelspraktijken, bijv. het aantasten van de handelsfaam (6). De problematiek van de onrechtmatige daad, waaronder deze praktijken moeten gekwalificeerd worden, heeft weinig gemeen met deze van de overeenkomst, waarvoor de "lex contractus" geldt. Wanneer op de overeenkomst een ander recht toegepast wordt dan op de beoordeling van de oneerlijke handelspraktijken, komt de interne concordantie en harmonie van de uitspraak nog niet in het gedrang.

4. De eerbiediging van het doel der wetten

334. Gewoonlijk wordt recht gekozen door een verwijzingsregel ; een

-
- (1) Uitspraak geciteerd door COING, H., *Materielles Recht und Verfahrensrecht in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, in Law and International Trade, Frankfurt 1973, 19-32, 25.
 - (2) Zie DELAUME, Transnational Contracts, § 2.08.
 - (3) Zie DELAUME, Transnational Contracts, § 2.09.
 - (4) Wanneer de partijen er tenminste geen procedurerecht hebben aangeduid zoals in het vermelde geval.
 - (5) GOLDMAN, 109 RdC (1963, II), 428.
 - (6) I.K.K. nr. 1459 blijkt dit te doen.

abstract aanknopingspunt (bijv. plaats van uitvoering) toont aan welk recht aangewend moet worden. Alnaar de feitelijke inhoud van het aanknopingspunt kan aldus de "lex fori" of een vreemd recht aangewezen worden. Omdat zowel de "lex fori" als het vreemde recht voor aanduiding in aanmerking komen, noemt men deze verwijzingsregels "bilaterale" kiesregels (1). In elke rechtsorde zijn er evenwel wetten die de politieke, economische of sociale structuren van het land beschermen. De rechtsorde eist de naleving van deze wetten omdat de genoemde structuren niet in gevaar gebracht mogen worden. In het hedendaagse i.p.r.-jargon noemt men deze wetten "règles d'application immédiate" (2). De rechter, die zich afvraagt of dergelijke regels omwille van hun doel onmiddellijk aangewend moeten worden, zoekt niet welk recht de rechtsverhouding regeert ; hij overweegt enkel of de regels al dan niet moeten toegepast worden. Hij stelt zich bijgevolg geen "bilaterale", maar een "unilaterale" vraag van rechtskeuze (3). Francèskakis, die de term "règle d'application immédiate" invoerde, was slechts een gedeeltelijke unilaterialist : enkel normen van de "lex fori" komen omwille van het doel van de regel voor een onmiddellijke aanwending in aanmerking ; voor de keuze van buitenlands recht, ook al beveiligt dit de eigen structuren, moeten de gewone verwijzingsregels gevolgd worden (4). Andere auteurs gaan evenwel verder in het unilaterialisme : zowel vreemde als eigen normen, die de politieke, sociale en economische organisatie betreffen, moeten onmiddellijk aangewend worden van zodra zij zich op de casus van toepassing verklaren (5). Wengler kiest de radicaal unilaterialistische richting wanneer

(1) Zie VAN HECKE, 126 RdC (1969, I), 447-448.

(2) Zie FRANCESKAKIS, P., Y a-t-il du nouveau en matière d'ordre public, Com. fr. dr. intern. pr. 1971, 165.

(3) Zie VAN HECKE, 126 RdC (1969, I), 448-449.

(4) FRANCESKAKIS, P., Quelques précisions sur les lois "d'application immédiate" et leurs rapports avec les règles de conflits de lois, R.C.D.I.P. 1966, 16. Zie tevens DEBY-GERARD, F., Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux, Parijs 1973, nr. 57.

(5) Zie o.a. DEBY-GERARD, F., o.c. nrs. 49, 56 ; GOTHOT, P., Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé, R.C.D.I.P. 1971, 1-36, 209-243 en 415-450, 236-243 ; DEELEN, Rechtskeuze, 244-268.

hij suggereert dat het doel van de verscheidene wetten, die voor aanwending in aanmerking komen, mede de inhoud van de kiesregel moet beïnvloeden : de kiesregel dient de regels aan te duiden, die zichzelf bij uitstek op het geval van toepassing beschouwen (1). Een dergelijke radicaal unilateralisme beoogt de internationale harmonie omdat het de toepassings sfeer van elke rechtsorde wil eerbiedigen. Het ligt echter voor de hand dat dergelijk radicaal unilateralisme in de praktijk problemen schept wanneer meerdere wetten (of geen enkele wet) zich op een geval dwingend van toepassing verklaren (2). Op het vlak van de rechtstheorie kan men het radicaal unilateralisme vervangen door een bilaterale, speciale kiesregel, waardoor het dwingende recht van de plaats van uitvoering toegepast wordt (3). Deze praktische en rechtstheoretische opwerpingen lijken mij evenwel niet belissend om de mogelijkheden van het radicaal unilateralisme te ignoreren ; ook de bilaterale kiesregels, waardoor buitenlandse politionele reglementering aangewend wordt, staan bloot aan praktische toepassingsproblemen en rechtstheoretische twijfels.

Het radicaal unilateralisme zou de geschikte methode kunnen zijn bij de handelsarbitrage, die onduidelijk gelocaliseerd is. Vermits geen enkel nationaal recht zich als "lex fori" opdringt, heeft de arbiter geen reden om slechts de "règles d'application immédiate" uit de ene, en niet uit de andere rechtsorden aan te wenden.

De gevolgen, die de reglementeringen van de invoerende landen hadden op de relatie tussen een Japanse exporteur en een Libanese importfirma, benaderden I.K.K.-arbiters bijv. op een radicaal unilateralistische wijze :

"Le contrat devant être exécuté au Liban, en Syrie et en Jordanie, il est certain que l'importeur libanais était obligé de respecter

-
- (1) WENGLER, R.C.D.I.P. 1952, 606-608 ; WENGLER, W., The general principles of private international law, 104 RdC (1961, III), 273-469, 377-379. Zie evenwel over het onderscheid tussen Wenglers "but social" en het doel van de wet, nl. de beveiliging van de organisatie, zoals dit heden aanvaard wordt ; DEBY-GERARD, F., o.c., nr. 43 ; VAN HECKE, 126 RdC (1969, I), 435-436.
 - (2) DEBY-GERARD, F., o.c., nr. 56 ; WENGLER, R.C.D.I.P. 1952, 607-608 ; VAN HECKE, 126 RdC (1969, I), 435-436.
 - (3) Zie bijv. DEBY-GERARD, F., o.c. ; VAN HECKE, 126 RdC (1969, I), 491-492.

les lois de police du pays d'accueil de sa marchandise et ne saurait prétendre ignorer ou ne pas se soumettre aux lois de police ou à la réglementation relative à l'importation de ses marchandises, surtout lorsque cette loi ou réglementation existait à l'époque de la signature du contrat" (1).

Zo ook leken andere arbiters van de I.K.K. een radicaal unilateralistische koers te varen waar zij stelden :

"Pour autant qu'il ne s'agit pas d'une loi d'ordre public qui s'impose aux parties sous l'empire de leurs droits respectifs..." (2).

Niet steeds aanvaardden arbiters evenwel een radicaal unilateralisme. Een Franse exporteur had bijv. met een Mexicaanse invoerder een exclusieve verkoopsovereenkomst gesloten. Het Franse recht werd aangeduid als het recht, dat de overeenkomst regeert. Om minder douanerechten te betalen spraken de partijen af dat de goederen in Mexico moesten ingevoerd worden met ondergewaardeerde facturen. Een Belgische en twee Franse arbiters stelden vast dat dergelijke afspraak strijdig was met de Mexicaanse wetgeving (3). De vraag was echter of zij met deze Mexicaanse wet rekening mochten houden. Zij erkenden dat de Mexicaanse wet, die voorschrijft dat de juiste waarde der goederen aan de Mexicaanse douane moet gedeclareerd worden, de structuren van de Mexicaanse staat beveiligde.

"Ces lois se proposent de faire régner un certain ordre nécessaire à la société..."

De arbiters besloten evenwel dat zij deze wetgeving niet konden toepassen, hoewel de Mexicaanse wetgever haar van toepassing beschouwde. Enkel het Franse recht, dat de overeenkomst regeerde, beschouwden zij van toepassing. Dit recht bood echter geen redding.

"Le droit français ne se soucie pas des droits de douane de l'étranger -, le fait de éluder cette loi étrangère n'est pas en soi une cause illicite parce qu'il n'y a pas de collaboration entre les législations, en ces matières".

Het radicaal unilateralisme werd eveneens afgewezen door Lalive in een Geneefse I.K.K.-arbitrage tussen Indische onderneming en een Pakistaanse bank. De Pakistaanse bank had een betaling geweigerd omdat o.a. een Pakistaans decreet, ten gevolge van de Pakistaanse-Indische oorlog, elke betaling aan een Indische partij ongeoorloofd verklaarde. Lalive stelde vast dat de Indische wet "lex contractus" was en tevens wet van de plaats, waar de betaling diende te geschieden. Hij zag geen reden om het Pakistaans decreet, de wet van de debiteur, toe te passen, - ook al verklaarde dit decreet zichzelf van toepassing :

(1) I.K.K. nr. 1859, geciteerd door DERAINS, Rev. Arb., 1973, 134.

(2) I.K.K. nr. 2178.

(3) I.K.K. nr. 1399.

"Même si le point de savoir si la loi étrangère du lieu d'exécution (étrangère, par rapport au forum) décide de cette question, reste incertain, sur un point, au moins, il semble qu'il y ait unanimité lorsque le contrat est valable en vertu de la proper law et quand cette loi est celle du lieu d'exécution ... Or en l'espèce, la garantie précisait que le paiement interviendrait en Inde. Dans ce cas l'arbitre estime que la loi pakistanaise, loi du lieu de résidence du débiteur, n'a pas à intervenir" (1).

Ook voor adepten van het radicaal unilateralisme, zoals Zweigert en Neumayer, had de arbiter evenwel het Pakistaanse decreet niet moeten toepassen. Het decreet was immers in de eerste plaats geen ordening van de eigen economische, politieke en sociale structuur maar wel een strijdmiddel tegen Indië. Dergelijke discriminerende politieke strijdmiddelen kunnen niet door een vreemde rechter als van onmiddellijke toepassing beschouwd worden (2).

Hoger werd gesteld dat de arbiter in principe het geldig aangeduide recht moet aanwenden, ook al druist dit in tegen normen van openbare orde een land, waar de uitspraak tenuitvoer gelegd zou moeten worden (3). Krachtens het nationaal unilateralisme zouden deze normen zichzelf op de rechtsverhouding van toepassing kunnen verklaren. Aldus verhoogt het radicaal unilateralisme tevens de doeltreffendheid van de uitspraak.

335. Een radicaal unilateralisme kan bijv. uitkomst bieden bij de arbitrale beslechting van een overeenkomst, die strijdig is met het mededingingsrecht van een land dat door de overeenkomst geraakt wordt. Goldman stelt immers dat de rechter de mededingingsregelen moet aanwenden die zichzelf van toepassing verklaren (4). Deze opvatting wordt weliswaar nogal betwist (5). Zij biedt echter het voordeel dat de arbitrage van het geschil gehouden wordt in het spoor dat ook de

(1) I.K.K. nr. 1512, tevens geciteerd door DERAIS, Clunet 1974, 909.

(2) Zie ZWIGERT, K., *Nichterfüllung auf Grund ausländischer Leistungsverbote*, 14 RabelsZ. (1942), 283-307, 291-292; NEUMAYER, K.H., *Autonomie de la volonté et dispositions impératives en droit international privé des obligations*, R.C.D.I.P. 1957, 579-604 en 1958, 53-78, 70.

(3) Zie nr. 261.

(4) GOLDMAN, *Les champs d'application territoriale des lois sur la concurrence*, 128 RdC (1969, III), 722.

(5) Bijv. DEBY-GERARD, F., o.c., nr. 96-97.

natuurlijke rechter van de partijen zou volgen. De arbitrage wordt geen middel tot wetsontduiking : waar de arbitrage ook plaats grijpt, steeds moeten de arbiters de normen van openbare orde, die zichzelf van toepassing verklaren - uit welk rechtssysteem zij ook komen - van toepassing verklaren. Door het radicaal unilateralisme negeert de arbiter niet wat de rechtsorden van de partijen als essentieel vooropstelden ; hij wordt geen werktuig van gewiekste zakenlui die zich van hem bedienen om hun natuurlijke rechter te ontvluchten.

Een toepassing van elk mededingingsrecht, dat zichzelf van toepassing verklaart, kan evenwel tot onverwachte resultaten leiden. Een overeenkomst van wederzijdse absolute exclusiviteit voor de verkoop in West-Europa, afgesloten tussen een Zweedse en een Zwitserse onderneming, is, bij hypothese, strijdig met E.E.G.-verdrag art. 85. Een Zwitserse arbiter dient een geschil over deze overeenkomst volgens het aangeduide Zwitserse recht te beslechten. Niets wijst op wetsontduiking. Niettemin zou de arbiter volgens het radicaal unilateralisme de overeenkomst moeten nietig verklaren voor zover zij de mededinging binnen de E.E.G. beperkt.

Het radicaal unilateralisme lijkt tevens een geschikte methode voor de beslechting van concessie-overeenkomsten tussen een staat en een vreemde investeerder. Dergelijke overeenkomsten worden vaak geregeld door het internationaal recht (1). Niettemin - mede omdat het internationaal recht geen normen terzake bezit - moet de arbiter nationaal recht toepassen op bepaalde deelaspecten. Zo regelen dwingend arbeidsrecht en sociaal recht de sociale verhoudingen (2) ; dwingend recht inzake de arbeidsveiligheid en de milieubescherming de uitvoering (3). De wetten, die hiervoor in aanmerking komen, zijn deze van de staat, waar de concessie uitgevoerd wordt. Meestal grijpt de arbitrage evenwel niet plaats in deze staat. De arbiter past derhalve "buitenlands" dwingend recht, dat niet de overeenkomst regeert, toe. Dank zij het radicaal unilateralisme is dit mogelijk : deze buitenlandse dwingende rechtsnormen verklaren zichzelf van toepassing.

(1) Zie nr.

(2) Zie BOCKSTIEGEL, Der Staat, 101-104 ; FISCHER, Konzession, 309-317.

(3) FISCHER, Konzession, 261-263, 377. Mbt. het verbod om bossen te rooien zie tevens de arbitrage-uitspraak tussen International Bank en Overseas Private Investment Co., 11 I.L.M. (1972), 1216 ; BOCKSTIEGEL, Der Staat, 101-104.

5. Het streven naar een politiek belang

336. Voor Wengler moet een rechter, indien nodig, zijn kiesregel laten beïnvloeden door de politieke doelstelling van het forum. Zo moet een immigratieland, dat de juridische integratie van de inwijkelingen nastreeft, als kiesregel vooropstellen dat het recht van de woonplaats - en niet van de nationaliteit - het personeel statuut regelt (1). Het lijkt wellicht ver gezocht om te spreken van een "politiek belang" bij de anationale arbitrage. Indien men toch op zoek gaat naar een specifiek belang, dat door de arbitrage kan behartigd worden, vindt men het enerzijds in het streven naar universaliteit en anderzijds in het zich zoveel mogelijk afzetten tegen de rechtspraak van de nationale rechter. De anationale arbitrage verantwoordt hierdoor mede haar bestaan. Dit streven naar universaliteit en het anders-zijn dan de nationale rechtspraak zijn derhalve de belangen, die de arbitrale kiesregel moeten beïnvloeden. De universaliteit volgde o.a. reeds uit het streven naar de internationale harmonie (2). Het feit dat de arbiter anders recht kiest dan de rechter wordt af en toe uitdrukkelijk bevestigd :

"Contrary to a State judge, who is bound to conform to the conflict rules of the State in whose name he metes out justice, the arbitrator is not bound by such rules" (3).

"Attendu que ce texte serait applicable au contrat si, à défaut d'une clause compromissoire et par l'effet des règles de la procédure civile, le demandeur avait porté le litige devant les juges italiens" (4).

"... Un juge (suisse) ordinaire conclurait que c'est le droit français qui est applicable ... Mais dans une procédure d'arbitrage international, il paraît approprié de consulter également les règles de conflit des pays avec lesquels le litige a des points de contact" (5).

(1) WENGLER, R.C.D.I.P. 1952, 614-615.

(2) Zie nr. 328.

(3) Sapphire t. NIOC, 13 I.C.L.Q. (1964), 1011.

(4) I.K.K. nr. 1397.

(5) I.K.K. nr. 2096.

6. De openbare orde

337. Een verwijzingsregel kan een recht aanduiden, dat leidt tot een uitspraak die, gelet op de structuren van het forum, in dat forum onaanvaardbaar is. De kiesregel, die in zichzelf geschikt lijkt, leidt derhalve tot een ongeschikt recht. In deze hypothese wordt de rechtskeuze gecorrigeerd door het veiligheidsmechanisme van de "openbare orde", dat in elk systeem van i.p.r. bestaat. De openbare orde verbiedt de rechter immers om een buitenlands recht toe te passen dat tot onduidbare resultaten zou leiden in zijn forum. Wengler beklemtoont dat de openbare orde slechts een aangeduid recht terzijde mag schuiven, wanneer een fundamentele waarde van de "lex fori" in gevaar wordt gebracht door toepassing van dat recht. Deze waarden kan men halen uit de dwingende rechtsbepalingen van de "lex fori" (1).

Het beginsel van de openbare orde veronderstelt dat de rechter dit aangeduide recht reeds "mentaal" op de casus toegepast heeft, vooraleer hij zijn uitspraak velt : hij moet immers vooraf controleren of het verkregen resultaat wel aanvaardbaar is alvorens het aangeduide recht definitief aan te wenden. Dit lijkt het enige geval waar de inhoud van het materiële recht de rechtskeuze mag beïnvloeden.(2).

338. De onduidelijk-localiseerbare arbitrage heeft geen nationaal recht als "lex fori" (3). Dwingende bepalingen van een nationaal recht kunnen bijgevolg niet als "lex fori" fungeren. Bijgevolg beletten zij door de werking van de openbare orde de aanwending niet van het door de verwijzingsregel aangeduid recht. De "lex fori" van de onduidelijk-localiseerbare arbitrage is een door de arbiters te verwoorden "Spezialrecht" (4). Wat in elke rechtsorde als van openbare orde aangevoeld wordt, behoort als rechtsbeginsel van openbare orde tot deze arbitrale "lex fori".

(1) WENGLER, R.C.D.I.P. 1952, 600-602.

(2) KEGEL, G., art. cit., 278.

(3) MANN, International Arbitration Domke, 169, stelt evenwel dat de arbiter, die gebonden is aan het nationaal recht van de zetel in de rechtskeuze tevens gebonden is door het i.p.r. van de "lex fori".

(4) Zie nr. 316.

Zo bepaalde een arbiter dat hij de "lex contractus" slechts moest aanwenden

"pour autant que ces mêmes règles ne contreviennent pas à l'ordre public international qui régit notre civilisation traditionnelle" (1).

Een arbiter mag geen recht kiezen dat leidt tot een uitspraak die indruist tegen dergelijk algemeen beginsel (2).

Het verbod van corruptie, dat zowel de staatsstructuren als de handelszeden beschermt, behoort aldus tot de algemene beginselen van openbare orde, welke de arbiter moet in acht nemen.

Een andere arbiter moest een geschil tussen een Britse vennootschap en een Argentijnse ambtenaar, die uitbetaling vroeg van beloofd smeergeld, beslechten. Hij oordeelde dat beginselen van internationale openbare orde, die universeel gelden, hem beletten om gevolg te geven aan de overeenkomst :

"Whether one is taking the point of view of good government or that of commercial ethics it is impossible to close one's eyes to the probable destination of amounts of this magnitude, and to the destructive effect thereof on the business pattern with consequent impairment of industrial progress. Such corruption is an international evil ; it is contrary to good morals and to an international public policy common to the community of nations" (3).

De dwingende handelsgebruiken van zijn milieu zouden - aldus Gentinetta - eveneens voor de arbiter gelden als normen van openbare orde, welke niet door een gekozen rechtssysteem terzijde gesteld kunnen worden (4). Gentinetta, Fouchard en Goldman aanvaardden tevens dat de internationale openbare orde de partijen verbiedt de wet te ontduiken, die normaal aangewend moest worden (5). Ook een I.K.K.-arbiter stelde dat hij slechts gevolg kon geven aan een rechtsaanduiding indien de

(1) Uitspraak geciteerd door FOUCHARD, Arbitrage, nr. 573.

(2) Zie FOUCHARD, Arbitrage, nr. 573 ; GOLDMAN, 109 RdC (1963, II), 432-433 ; GENTINETTA, Lex Fori, 209.

(3) Uitspraak geciteerd door LEW, La jurisprudence des tribunaux arbitraux, 168 en tevens door FOUCHARD, Arbitrage, nr. 573.

(4) GENTINETTA, Lex Fori, 209.

(5) FOUCHARD, Arbitrage, nr. 573 ; GOLDMAN, 109 RdC (1963, II), 442 en GENTINETTA, Lex Fori 212.

partijen hierdoor niet het recht ontdoken, dat normaliter van toepassing was (1). Vaak is het evenwel moeilijk te onderscheiden waar de geoorloofde contractuele vrijheid eindigt en de wetsontduiking begint. De Universele Verklaring van de Rechten van de Mens, het recht op vergoeding bij onteigening en het principe "pacta sunt servanda" zouden - aldus Goldman - andere algemene beginselen van openbare orde zijn waarmee de arbiter in elk geval rekening moet houden (2). "Pacta sunt servanda" kan als beginsel van openbare orde een speciale betekenis hebben bij de arbitrale beslechting. Een waardebeveiligingsclausule bij een devaluatie kan aldus, ook indien zij door het aan te wenden nationaal recht ongeldig verklaard wordt, blijven gelden. Indien de uitvoering van de beloofde prestatie verboden wordt door een buitenlandse wet, en de "lex contractus" de uitvoering niettemin eist, zou de arbiter moeten onderzoeken of de beloofde prestatie niet vervangen kan worden door een schadevergoeding. Is dit het geval, dan dient de arbiter tot schadevergoeding te oordelen : op deze wijze verzoent hij de contractuele verplichting, die de contractant heeft, met het verbod, dat de overheid hem gaf.

339. Bij de volkenrechtelijke handelsarbitrage kunnen sommige beginselen van internationaal recht als van openbare orde gelden (3). Het voornaamste principe terzake lijkt uiteraard "pacta sunt servanda". Hierdoor kan de arbiter, in naam van de openbare orde, een wijziging door de staat-partij van de toepasselijke wet ignoreren, omdat anders aan de essentie van de overeenkomst geraakt wordt (4).

De arbitrage van geschillen tussen een staat en een buitenlandse investeerder, zoals door de Wereldbank-conventie ingericht, bevestigt de rol die het internationaal recht kan spelen als openbare orde. Wanneer de partijen geen recht aanduiden zullen - zo luidt art. 42 -

(1) Uitspraak vermeld door FOUCHARD, Arbitrage, nr. 569, p. 390.

(2) GOLDMAN, 109 RdC (1963, II), 438-441.

(3) Zie KAHN. I.L.A. Report of the 54 th Conference 1970, 541 ; GOLDMAN, Le Droit applicable selon la convention B.I.R.D., 151.

(4) Zie BOCKSTIEGEL, Der Staat, 314-318.

de arbiters het recht aanwenden van de staat-partij "alsmede de volkenrechtelijke regels welke van toepassing kunnen zijn op de zaak". Deze tekst stelt het recht van de staat-partij en het internationaal recht weliswaar op gelijke hoogte. De preambule van de Wereldbank-conventie beklemtoont evenwel dat de arbitrage van het Centrum in de internationaal-rechtelijke sfeer thuis hoort (1). Uit de voorbereidende werken blijkt dat het internationaal recht bedoeld was als een "lex fori" met beginselen van openbare orde. Het is in naam van dit internationaal recht dat de arbiters een maatregel van de staat-partij, die ongerechtvaardigd of discriminerend is, die de internationale openbare orde schendt of die tegen de algemene rechtsbeginselen indruist, kunnen negeren (2). De tekst van art. 42 beperkt deze rol van het internationaal recht tot de gevallen waar partijen geen recht hebben aangeduid. De rechtsleer breidde deze functie evenwel uit : het internationaal recht levert ook de beginselen van openbare orde wanneer de partijen een recht - weze het recht van de staat-partij of een ander recht - aangeduid hebben (3).

Het Handvest van Economische Rechten en Plichten van Staten wekt de indruk dat het internationaal recht grotendeels achterhaald is als openbare orde voor de beslechting van overeenkomsten tussen een buitenlands privaatspersoon en een staat. Art. 2 lid 2 bepaalt immers dat de staat het recht heeft de investeringen op zijn grondgebied te reglementeren en over hen in overeenstemming met zijn wetten gezag uit te oefenen ; bovendien moet elk geschil over schadevergoeding voor nationalisatie, onteigening of eigendomsoverdracht in de regel beslecht worden door de nationale rechtbank en volgens het nationaal recht van de onteigenende staat (4).

-
- (1) "Erkennende dat het in bepaalde gevallen wenselijk kan zijn dat dergelijke geschillen door internationale procedures worden geregeld...". Zie tevens nr. 130.
 - (2) Documents, nr. 29, 419-421 ; Documents nr. 33, 571.
 - (3) BROCHES, 136 RdC (1972, II), 392-393, GOLDMAN, Le droit applicable selon la convention B.I.R.D., 151 ; LAUTERPACHT, Recueil Gugenheim, 658.
 - (4) UNO. Alg.Vergadering, Resolutie 3281 (XXIX), 14 I.L.M. (1975), 251.

Het is evenwel een te vergaand besluit dat art. 2 van het Handvest het internationaal recht uitschakelt, ook al verwijst het er niet naar. Uit de andere bepalingen van het Handvest blijkt dat het internationaal recht er een rol speelt. Het internationaal recht beperkt de handelingsvrijheid van een staat tegenover de buitenlanders. Een staat, die internationaal-rechtelijk onrechtmatig of ter kwader trouw zou handelen, zou - aldus één der ontwerpers van het Handvest - aansprakelijk zijn (1). Bovendien vermeldt het Handvest zelf dat de verplichting dat een geschil mbt. nationalisatie, onteigening of eigendomsoverdracht moet volgens het nationaal recht en door de nationale rechter beslecht worden, vervalt wanneer de staat, die onteigende, en de staat van de onteigende voor arbitrage hebben geopteerd. Dit is o.m. het geval wanneer beide staten partij zijn tot de Wereldbank-conventie (2) of in een overkoepelend verdrag (3) voor arbitrage hebben gekozen. Tenslotte kan het minstens in twijfel getrokken worden dat het Handvest algemeen-bindend internationaal recht is (4).

C. Een systeem van arbitrale kiesregels ?

340. De arbiter, die de geschikte kiesregel vond aan de hand van de besproken richtlijnen, is uit de brand geholpen : hij kent het rechtssysteem waaruit hij de beslechtingsnormen zal putten. Zijn zoeken naar kiesregels kan evenwel in een ruimer kader gesitueerd worden. De arbiter schept een eigen kiesregel omdat hij niet kan of wil steunen op het gezag van een nationaal i.p.r.-systeem. Men kan zich dan de vraag stellen of deze kiesregel zelf geen deel uitmaakt van een i.p.r.-systeem, dat buiten elk nationaal i.p.r.-systeem bestaat ; wars van alle

(1) Zie CASTANEDA, J., La charte des droits et devoirs économiques des états, A.F.D.I. 1974, 31-56, 54-55 ; CASTANEDA, J., La charte des droits et des devoirs économiques des états du point de vue du droit international, in Justice économique internationale, Parijs 1976, 75-118, 88, 110-112.

(2) CASTANEDA, J., o.c., in Justice économique internationale, 107.

(3) Zie nr. 246.

(4) Zie nr. 232.

vooroordelen van nationaal i.p.r. zou dit anationaal i.p.r. het recht aanduiden dat objectief en universeel het meest geschikt is om de beslechtingsnormen te leveren.

Door de i.p.r.-auteurs wordt het steeds als een onvermijdbare tekortkoming gevoeld dat het ene nationaal i.p.r. van het andere verschilt. Zij dromen van eenmaking - of minstens coördinatie - van de verscheidene nationale i.p.r.-systemen. Zij begroeten de arbiter, die buiten elk nationaal i.p.r. eigen kiesregels verwoordt, als de apostel van een anationaal en universeel i.p.r.. Zijn kiesregels zouden de bouwstenen vormen van dit na te streven i.p.r. (1).

Zodra men aanvaardt dat de arbiter, die zich losmaakt van een nationaal i.p.r., een anationaal i.p.r. toepast, krijgt het zoeken naar de arbitrale kiesregel opnieuw een dimensie, die de casus overstijgt : de rechtskeuze situeert zich weer in een systeem van kiesregels. Dit heeft gevolgen. Kiesregels, die uit vorige arbitrale uitspraken bekend zijn, zouden door de arbiter moeten overgenomen worden. Indien de casus het verwoorden van een nieuwe kiesregel vereist, geldt deze op zijn beurt niet enkel voor de beslechting van de casus, maar maakt hij voortaan deel uit van het kiesregel-arsenaal van het systeem, waarop latere arbiters een beroep moeten doen.

341. Welke kiesregels gelden anationaal en universeel ?

Het is niet omdat een i.p.r.-auteur beweert dat een kiesregel, die hij voorstaat, algemeen geldt, dat dit zo is. Om dezelfde reden is ook de kiesregel, die een arbiter universeel bedoelde, niet zonder meer universeel.

De arbiter is in de formulering van de universeel-bedoelde kiesregel immers onmiskenbaar beïnvloed door het nationaal recht, waarmee hij vertrouwd is. Een ervaren arbiter, zoals Fragistas, gaf overigens toe dat de arbiter zijn universele kiesregels in werkelijkheid bij het

(1) Zie FOUCHARD, Arbitrage, nr. 567 ; GOLDMAN, Arbitrage, nr. 48 ; GOLDMAN, 109 RdC (1963, II), 366 ; LALIVE, 120 RdC (1967, I), 599 ; LOUSSOUARN, Y. en BREDIN, J.D., Droit du commerce international, Parijs 1969, 43.

eigen nationaal i.p.r. gaat zoeken (1). De arbiters houden weliswaar rekening met de geschriften van i.p.r.-auteurs en met i.p.r.-verdragen of -verdragsontwerpen (2). Meestal gaan zij echter te rade bij auteurs en verdragsteksten waarmee zij het best vertrouwd zijn, nl. deze uit de eigen rechtssfeer. De kiesregels, die zij verwoorden, zijn door de herkomst van deze bronnen getekend. Zij weerspiegelen de tegenstrijdigheden in rechtsleer en verdragen. Waarover onenigheid bestaat bij de beoefenaars van het i.p.r., zal geen eensgezindheid bestaan bij de arbiters. Slechts wanneer een kiesregel door arbiters in volgende zaken overgenomen wordt, is hij opgenomen in een systeem, dat geldt voor de transnationale handelsarbitrage, ongeacht waar deze plaats grijpt en wie eraan deelneemt.

Sommige principen van i.p.r. worden universeel door de arbiters erkend. Zo lijkt het principe, dat de arbiters als "lex contractus" het recht moeten aanwenden, dat de partijen uitdrukkelijk aanduiden, een universele kiesregel bij de arbitrage. De uitwerking van dit beginsel verschilt evenwel van rechtssysteem tot rechtssysteem, zodat op dit punt de universaliteit reeds zoek is (3). Talrijke kiesregels zijn trouwens dermate nationaal gekleurd, dat men hen moeilijk universeel kan noemen. Kiesregels, die niet universeel door de arbiters nagevolgd worden, zouden dan ook geweerd kunnen worden uit het anationaal systeem van arbitrale kiesregels. Weinig kiesregels, die universeel gelden, blijven over.

De toepassing van een kiesregel veronderstelt een voorafgaandelijke kwalificatie waardoor men de feiten juridisch catalogeert op een wijze die toelaat de relevante kiesregel te vinden. Een anationaal systeem van i.p.r. sluit bijgevolg in dat ook de kwalificatie niet door een nationaal recht gekleurd mag zijn.

-
- (1) Discussie in Three discussions on the conflicts of laws, Theory and Comments on Fundamental Principles, Stockholm 1970, na H. ECK, International Arbitration and the conflict of laws (85-91), 96.
 - (2) GENTINETTA, Lex Fori, 205-208 ; Von HULSEN, H.V., Sinn und Methode der Rechtsvergleichung, insbesondere bei der Ermittlung übernationalen Zivilrechts, J.Z. 1967, 629, 632.
 - (3) Zie nrs. 262-263.
Tevens I.K.K. nr. 1512 (geciteerd door DERAIS, Clunet 1974, 907-908).

Dat dit niet steeds mogelijk is blijkt bijv. uit de arbitrale uitspraak tussen Saoedi-Arabië en Aramco. Was het verlenen van een olieconcessie van Aramco door Saoedi-Arabië een eenzijdige daad, die een uiting was van de soevereiniteit van de concessieverlener, of was het daarentegen een wederzijdse overeenkomst tussen Aramco en Saoedi-Arabië? De vraag was belangrijk voor de rechtskeuze. De partijen hadden immers zelf het recht van Saoedi-Arabië aangeduid om alle aspecten van het geschil te regelen die betrekking hadden op de soevereiniteit van dit land; voor de overige elementen van het geschil mochten zij het recht kiezen dat hun het meest geschikt voorkwam. Om de juridische aard van de olieconcessie te bepalen deden de arbiters een beroep op de principen van rechtsvergelijking, de algemene rechtsbeginselen en de rechtsleer van de verscheidene landen. De arbiters beoogden bijgevolg een objectieve, universele kwalificatie; zonder verwijzing naar een bepaald rechtssysteem. Zij stelden evenwel vast dat de concessie naar Duits en Zwitsers recht een éézijdige handeling was vanwege de concederende staat; naar Frans recht betrof het een handeling "sui generis", die enerzijds iets van de eenzijdige handeling heeft (omwille van de overheidstoelating die de staat verleent) en die anderzijds contractuele elementen bevat (wegens het akkoord tussen de staat en de concessionaris); naar Engels recht kon de concessie-overeenkomst beschouwd worden als een huurovereenkomst. De arbiters beslisten tenslotte dat het recht van de plaats, waarvoor de concessie verleend was, voor de kwalificatie doorslaggevend was (1).

De arbiters kunnen niet enkel zonder hulp van het nationaal recht niet kwalificeren; de kiesregels, die zij op eenzelfde casus aanwenden, verschillen eveneens. Dit wordt duidelijk aangetoond door de waaier van regels, die zij vooropstellen om het recht te kiezen dat de overeenkomst regeert wanneer geen recht uitdrukkelijk aangeduid werd.

In sommige uitspraken stellen zij dat zij de impliciete rechtsaanduiding zullen opdelven (2). In andere uitspraken willen zij de overeenkomst zelf "localiseren". De criteria, die zij hiervoor aanwenden, zijn echter niet gelijk (3).

342. Het antwoord op de vraag of de arbitrage over een eigen nationaal systeem van kiesregels beschikt hangt af van de inhoud die men aan het begrip "systeem" geeft.

-
- (1) R.C.D.I.P. 1963, 306-311. Het was dit recht dat moest bepalen of de concessie-overeenkomst een eenzijdige handeling van het publiekrecht, een overeenkomst of een handeling "sui generis" was. Luidens dit recht was de concessie een overeenkomst "sui generis".
 - (2) I.K.K. nrs. 169 (geciteerd door FOUCHARD, Arbitrage, nr. 567); 1512, 1526 en 1717 geciteerd door DERAÏNS, Clunet 1974, 907, 916, 891). Sapphire t. NIOC, 13 I.C.L.Q. (1964), 1011.
 - (3) Zie nrs. 317-319.

Indien een systeem kan bestaan met enkele kiesregels, waarover bij de arbiters geen betwisting bestaat en die ook in het nationaal i.p.r.-systemen gelden, beschikt de arbiter over een systeem. Dergelijk systeem kan de arbiter evenwel niets bieden wat ook de bestaande systemen van i.p.r. niet geven.

Indien men daarentegen het systeem opvat als een geheel van kiesregels, met een onderlinge hiërarchie, en onder leiding van een hogere instantie door elke arbiter toegepast, meen ik dat de arbitrage vooralsnog niet beschikt over een eigen systeem van kiesregels. Nagenoeg geen kiesregels worden immers universeel aanvaard. Omwille van de schaarse publicaties van arbitrale uitspraken is arbitrale precedentenvorming terzake trouwens nagenoeg uitgesloten. De arbiters houden overigens meestal slechts rekening met de rechtssystemen die de beslechting raken ; latere arbiters, die zich door andere rechtssystemen aangetrokken voelen, valt het daarom moeilijk om een vorige uitspraak als een relevant precedent te beschouwen. Een hoogste instantie ontbreekt om de hiërarchie tussen de regels en belangen te vestigen. De arbiters werken te verspreid om hun kiesregels tot een systeem uit te werken.

De betekenis van de arbitrale rechtskeuze ligt m.i. derhalve niet in de uitbouw van een eigen anationaal systeem, maar wel in de formulering van afzonderlijke kiesregels. De arbiter is niet aan het nationaal i.p.r. gebonden als de rechter. Hij realiseert, waarover de i.p.r.-auteurs slechts kunnen dromen, nl. het vinden van anationale kiesregels. Hij moet deze kans aangrijpen en onbevangen de meest geschikte kiesregel verwoorden. De arbitrage wordt op deze manier een proeflaboratorium voor rechtskeuze, waarvan het nationaal i.p.r. eventueel de methode en het resultaat kan overnemen.

SAMENVATTING EN STELLINGEN

De cijfers tussen () verwijzen naar de nummers in de tekst.

I. Handelsarbitrage en rechtsaanwending

De rechtsaanwending bij de handelsarbitrage wordt gekenmerkt door drie krachtlijnen : de arbitrage berust op overeenkomsten tussen partijen en arbiters ; de arbitrage is rechtspraak ; de rechter kan de arbitrale rechtsaanwending marginaal toetsen.

De arbitrage wordt door de partijen vrij gekozen (2). De Arbitrage-commissies van de Oost-Europese Kamers voor Buitenlandse Handel bedrijven bijgevolg geen arbitrage wanneer zij beslechten krachtens het Verdrag van Moskou. Hun beslechting tussen een Oost-Europese en een andere onderneming is daarentegen wél arbitrage (3).

De arbitrage wordt georganiseerd door de overeenkomst tot arbitrage tussen partijen (compromis en compromissoir beding). Door deze overeenkomst verplichten partijen zich om het geschil aan arbiters voor te leggen en om hun uitspraak uit te voeren. Door de arbitrage-overeenkomst aanvaarden de arbiters het geschil te beslechten (4-6). De contractuele grondslag beïnvloedt de rechtsaanwending : de arbiter wendt recht aan ter uitvoering van zijn contractuele beslechtingsopdracht (44).

Arbitrage, als rechtspraak, veronderstelt dat normen aangewend worden. De arbiter spreekt zich immers uit over bestaande rechten en plichten van partijen (9-13). De rechtsnormen vindt hij - zoals de nationale en internationale rechter - na samenspraak met de partijen (14-23). De rechtspraak moet hij evenwel verrichten in onpartijdigheid t.o.v. hen (24-29). De arbitrale uitspraak wordt door een motivering meer begripbaar en aanvaardbaar voor de partijen ; de keerzijde van een motivering is dat de arbitrale uitspraak - en dus ook de rechtsaanwending - kwetsbaarder wordt bij een rechterlijke toetsing. Vaak dwingt de arbitragewet de arbiter evenwel zijn uitspraak te motiveren (30-32).

Wanneer het akkoord over de arbitrage of over de uitvoering van de arbitrale uitspraak tussen partijen niet meer aanwezig is, kan de rechter de arbitrage begeleiden (46-51). Bij deze gelegenheid zal hij de rechtsaanwending bij inlandse arbitrages in zekere mate kunnen toetsen (53-77). Wanneer de rechter daarentegen een buitenlandse uitspraak uitvoerbaar moet verklaren, beperkt de toetsing van de rechtsaanwending zich tot de conformiteit van de uitspraak met de internationale openbare orde (93). Elke rechter bepaalt aan de hand van zijn "lex fori" welke arbitrages inlands en welke buitenlands zijn. De gebruikelijke criteria zijn de plaats der arbitrage of het gevolgde procedurerecht (81-86).

De kans op een rechterlijke toetsing beïnvloedt de arbitrale rechtsaanwending in enige mate. Alhoewel de meeste uitspraken vrijwillig worden uitgevoerd, mag de arbiter in principe de tenuitvoerlegging van de uitspraak niet in het gevaar brengen door de rechtsaanwending. De bedoeling der partijen kan evenwel een uitzondering rechtvaardigen (94).

De rechterlijke begeleiding en toetsing, zoals geschetst, gelden enkel voor de arbitrage, zoals geregeld door de arbitragewet. Bij de arbitrage in de vorm van een bindend advies is de rechterlijke controle over de rechtsaanwending doorgaans omvangrijker (119-123). Bij de volkenrechtelijke handelsarbitrage zijn de rechterlijke begeleiding en toetsing daarentegen zeer gering (125-126). Een handelsarbitrage kan volkenrechtelijk zijn wegens de partijen, wegens de overeenkomst tot arbitrage of wegens de arbitrale instelling (128-130).

II. Arbitrale beslechttingsnormen

De arbiters kunnen naar billijkheid beslechten (132-150). Het arbitragereglement of de partijen dragen hen dit vaak op (132). Een arbitrage naar billijkheid lijkt evenwel in Engeland uitgesloten (140). De "amiable composition" van het Franse recht is een arbitrage naar billijkheid, die bovendien procedurale karakteristieken bezit (134-136). Naar Frans, Belgisch en Duits recht heeft een arbiter naar billijkheid nooit de bevoegdheid om rechtsnormen van openbare orde (en eventueel

van dwingend recht) terzijde te stellen. De arbiter naar billijkheid ziet trouwens enkel af van de aanwending van een rechtsnorm wanneer deze tot een onbillijk resultaat leidt (137-139 ; 205-207).

De arbitrage naar billijkheid is slechts mogelijk indien de arbitrage-wet zich hiertegen niet verzet. Bovendien moet een arbitrage naar billijkheid krachtens het recht van toepassing op de overeenkomst tot arbitrage of op de arbitrage-overeenkomst, toegelaten zijn (141-142).

Een arbitrage naar billijkheid mag niet enkel steunen op opportunitéitsoverwegingen of op een subjectief billijkheidsgevoelen van de arbiter (143-146). De arbitrage staat in een relatie tot het recht (143-146). Door de billijkheid "infra legem" past elke arbiter het recht billijk toe (148). De billijkheid "praeter legem" is het richtsnoer voor de arbiter om de geschikte beslechtingsnormen te vinden (149). Door de billijkheid "contra legem" tenslotte kan de arbiter, die hiertoe de speciale toelating van partijen verkreeg, en indien deze toelating geldig is, een rechtsnorm, die tot een onaanvaardbaar resultaat leidt, terzijde stellen (150).

De contractuele bedingen leveren vaak de beslechtingsnormen (151-168). Omdat de arbiter in de eerste plaats de beslechtingsnormen moet aanwenden, die de partijen bedoelen, zijn de contractuele bedingen, door de partijen zelf geformuleerd, de eerste bron voor de arbitrale rechtsvinding (151-152). De contractuele bedingen maken deel uit van de "lex fori" van de arbitrage, nl. de normen die zich aan de arbiters, contractueel aangesteld door partijen om de contractuele bedingen van de litigieuze overeenkomst toe te passen, als eigen normen opdringen (153).

Standaardovereenkomsten en algemene voorwaarden kunnen slechts als contractueel beding gelden indien de wilsovereenstemming van partijen, om deze documenten tot inhoud van de overeenkomst te maken vaststaat.

Standaard-overeenkomsten en algemene voorwaarden, die in de schoot van de bedrijfsorganisatie ontstonden, zijn evenwel uiteigen hoofde "lex fori" voor de arbitrale instelling van deze organisatie (155).

De contractuele bedingen volstaan evenwel niet voor elke beslechting (156-157). De contractuele bedingen kunnen trouwens slechts binden wanneer het recht dit toelaat (162). Dit geldt ook voor de "quasi-volkenrechtelijke" overeenkomsten (165) en voor de volkenrechtelijke overeenkomsten (166).

De billijkheid laat niet toe dat de arbiter contractuele bedingen negeert. Elke arbiter kan evenwel krachtens de billijkheid "infra legem" de draagwijdte van de contractuele bedingen beperken of uitbreiden tot wat billijk blijft. De arbiter, die naar billijkheid "contra legem" mag beslissen, kan de contractuele bedingen soms wijzigen. Hij moet echter behoedzaam omspringen met deze bevoegdheid. Indien er geen waardebeveiligingsbeding aanwezig is zou hij bijv. de muntdepreciatie niet in naam der billijkheid mogen compenseren (167-168).

De handelsgebruiken (169-186) zijn eveneens een belangrijke bron voor beslechtingsnormen. Het bestaan van een handelsgebruik, nl. een sociaal gedragspatroon met normatieve waarde, wordt het eenvoudigst aangetoond door een vroegere arbitrale of rechterlijke uitspraak (173-175). Handelsgebruiken kunnen beslechtingsnorm zijn omdat zij de eigen normen ("lex fori") van de arbiters zijn (179), omdat de partijen de arbiters de handelsgebruiken als norm aanduiden (181) of omdat het aangewend rechtssysteem zo voorschrijft (182). Het begrip van een "lex mercatoria", waarvan de handelsgebruiken deel zouden uitmaken, lijkt door de auteurs overroepen als arbitrale normenbron (185). De handelsgebruiken zijn evenwel de aangewezen beslechtingsnormen voor de arbiter die naar billijkheid beslist (186).

Het nationaal recht (187-210), dat niet alleen de wet, maar ook billijkheidsoverwegingen, handelsgebruiken en contractuele bedingen omvat, is een voorname bron voor arbitrale beslechtingsnormen. De arbiter, die onzeker is over de inhoud van een norm van nationaal recht, kan slechts in een beperkte mate de rechter hierover om advies vragen. De

lege ferenda is het echter wenselijk dat de arbiter die aan de inhoud van een norm twijfelt, de nationale, de Benelux of de Europese rechter om advies zou kunnen vragen (192-201).

Een regel is enkel een arbitrale beslechtingsnorm van nationaal recht wanneer het een norm is die toegepast wordt zoals in het nationaal rechtssysteem (interne gelding), dat krachtens de arbitrale kiesregels aanwendbaar is op het geschil (externe gelding) (202-203).

Wanneer een overeenkomst tussen een staat (of een hiermee verwante entiteit) en een buitenlandse persoon, waarin de eerste partij o.m. fiscale voordelen toestond, enkel aan het nationaal recht van deze staat onderworpen is, kunnen de toegekende voordelen door een eenvoudige wetswijziging verdwijnen. Een stabilisatie- of immuniteitsbeding in de overeenkomst biedt derhalve enkel bescherming, wanneer ander recht dan het nationaal recht van de staat-medecontractant op de overeenkomst van toepassing is en wanneer de staat-medecontractant de bevoegdheid had om de uitoefening van zijn soevereiniteit door de overeenkomst met een privaatspersoon te beperken (208-210).

De algemene rechtsbeginselen zijn een andere bron voor beslechtingsnormen (211-229). Soms duiden partijen, die de overeenkomst willen "internationaliseren" of "denationaliseren", deze aan (212). In andere gevallen besluiten de arbiters zelf om de algemene rechtsbeginselen toe te passen omdat zij de beslechtingsnormen niet uit een nationaal rechtssysteem kunnen of willen putten. (213).

De algemene rechtsbeginselen zijn voor een deel de beginselen, die gemeen zijn aan de verscheidene rechtssystemen. Zij worden gevonden door een grondig rechtsvergelijkend onderzoek, dat zich evenwel mag beperken tot de rechtssystemen waarmee de partijen en de arbiters vertrouwd zijn (217). Men moet de algemene rechtsbeginselen echter steeds scheiden van de technische detailregels (219). "Pacta sunt servanda", de "exceptio non adimpleti contractus", de vereiste van toestemming tot de overeenkomst, de interpretatieregelen, "rebus sic stantibus", de verrijking zonder oorzaak, de overheidsconcessie, de eerbiediging van verworven rechten, het verbod van schending van de openbare orde

en de goede zeden, zijn bijv. begrippen, die - zo bleek uit arbitrale uitspraken - nagenoeg algemeen verspreid zijn, maar waarvan de detailregeling van rechtssysteem tot rechtssysteem verschilt (218).

Voor een ander deel bestaan de algemene rechtsbeginselen uit regels, die specifiek thuis horen in het internationaal recht (220).

De algemene rechtsbeginselen kunnen als beslechting norms gelden omdat zij de "lex fori" van de transnationale arbiter zijn (222). Ofwel omdat dit de wens van partijen is. Partijen kunnen bijv. bedingen dat i.p.v. het aanvullend nationaal recht, algemene rechtsbeginselen de overeenkomst zullen aanvullen (225). Omdat de algemene rechtsbeginselen geen rechtssysteem, met voldoende en gehiërarchiseerde norms vormen, lijkt het minder waarschijnlijk dat partijen kunnen bedingen dat de algemene rechtsbeginselen hun overeenkomst zouden regeren (224). Om dezelfde reden zouden ook overeenkomsten, die zich bevinden op een niveau dat hoger ligt dan het nationaal recht, niet door de algemene rechtsbeginselen geregeerd kunnen worden (223).

De algemene rechtsbeginselen bezitten een bijzondere aantrekkingskracht voor de arbiter naar billijkheid. De algemene rechtsbeginselen verwoorden immers billijke regelingen, (226).

Het internationaal recht kan een rol spelen bij de arbitrale beslechting, wanneer een staat, een nauw met de staat verwante onderneming of internationale organisatie partij tot de arbitrage is (230-247). Soms bepalen de partijen, het arbitragereglement of de arbiters dat het internationaal recht op de beslechting van het geschil toegepast moet worden omdat zij menen dat het internationaal recht de privaatspersoon beschermt tegen het wetgevend of administratief ingrijpen van de staatsmedecontractant in de contractuele relatie. Het internationaal recht biedt evenwel geen volledige bescherming terzake (231-232).

De norms van internationaal recht, die voor de arbitrale beslechting van handelsgeschillen relevant zijn, vormen uiteraard slechts een gedeelte van het internationaal recht; dat in de eerste plaats de relatie tussen staten regelt (233-235). De interpretatie-regelen

van het internationaal recht, "pacta sunt servanda" en de principen mbt. herstel in natura of schadevergoeding kunnen evenwel ook voor de beslechting van handelsgeschillen relevant zijn (236). De arbiter kan echter niet bij een internationale organisatie, maar enkel bij volkenrechtsgeleerden te rade gaan over de inhoud van een internationale rechtsnorm (237).

De arbiter kan internationaal recht aanwenden omdat de handelsarbitrage volkenrechtelijk is of omdat de partijen het internationaal recht als beslechtingsnorm hebben aangeduid (238).

Het internationaal recht is een aangewezen inspiratiebron voor de arbiter naar billijkheid. Alhoewel billijkheid niet gelijkgesteld kan worden met de normen van internationaal recht, zullen deze in de regel immers billijk zijn (240). Indien de omstandigheden dit evenwel vergen kan de arbiter, die naar billijkheid "contra legem" mag oordelen, de normen van internationaal recht terzijde laten (241).

In een arbitrage tussen een staat (of een hiermee nauw verwante entiteit) en een buitenlandse privaatspersoon eist de doeltreffendheid van de beslechting bovendien dat de arbiter zich laat leiden door normen van internationaal recht in de beoordeling van feiten, die tevens tussen de staat-partij en de staat van de buitenlandse privaatspersoon (bijv. n.a.v. de diplomatieke bescherming (243-245 ; 247) of n.a.v. overkoepelende verdragen (246)) aanleiding kunnen geven tot een geschil inzake de internationaal-rechtelijke aansprakelijkheid.

Vaak volstaan de billijkheid, de contractuele bedingen, de handelsgebruiken en de algemene rechtsbeginselen als beslechtingsnormen. De aard van het geschil, van de arbiters en van de arbitrale instelling kunnen de arbiters evenwel leiden tot de keuze van een rechtssysteem, met onderlinge hiërarchie en relatieve gelding der normen (248).

III. De keuze van een rechtssysteem

De arbiter, die een rechtssysteem moet kiezen om de beslechtingsnormen uit te putten, moet oog hebben voor de eigen kenmerken (jurisdictionele of contractuele ; nationale, anationale of internationale

aard) van de arbitrage, waarin hij zetelt. Het is slechts in het licht van deze kenmerken, dat hij kan bepalen in welke mate hij in de keuze van het rechtssysteem kan geleid worden door arbitrale preceden-ten, door rechterlijke uitspraken en door rechtsgeleerde opvattingen (249-252).

De partijen kunnen het recht aanduiden, dat de arbiter voor de be-slechting zou moeten aanwenden. In de contractuele opvatting van de arbitrage moet de arbiter zulke rechtskeuze respecteren, die de partij-en hebben aangeduid (255). De rechtsaanduiding vanwege partijen moet evenwel op een geldig akkoord steunen (256-257). Wanneer het akkoord over de rechtsaanduiding (voor de laatste maal) geschiedt in de over-eenkomst tot arbitrage, in de arbitrage-overeenkomst of tijdens het arbitraal verhoor, wordt zijn geldigheid bepaald door de contractuele vrijheid, toegekend door het materieel recht, dat dit akkoord regeert (259-260).

Wanneer partijen daarentegen enkel in de litigieuze overeenkomst ak-koord gingen over het recht, dat deze beheerst, wordt de geldigheid van dit akkoord getoetst aan de aan te wenden kiesregels (zie verder) (258). Ook bij de jurisdictioneel opgevatte arbitrage moet de rechts-aanduiding aan deze kiesregels getoetst worden (262).

Deze kiesregels zijn het geheel van beginselen om het rechtssysteem te vinden waaruit de beslechtingsnormen geput moeten worden.

In alle nationale systemen van i.p.r. lijkt als kiesregel aanvaard dat partijen bij een transnationale overeenkomst het recht kunnen aandui-den dat hun overeenkomst beheerst. Indien het aangeduide recht de meest fundamentele waarden van het eigen recht niet in het gedrang brengt, moet het door de rechter gekozen worden als beslechtingsnorm voor de overeenkomst (263). Voor auteurs, zoals Mann en Sauser-Hall, en voor het Institut de Droit International moet de arbiter de rechts-aanduiding toetsen aan de kiesregels van een nationaal i.p.r. (264). In de arbitrage-praktijk blijken echter vooral arbiters in beslechtingen, waarin het jurisdictioneel karakter primeert, dit te doen (265). De uitspraken van de Oost-Europese Arbitrage-commissies illustreren dit (266-267).

Men mag niet zonder meer aanvaarden dat partijen een recht hebben aangeduid. Een rechtsaanduiding vanwege partijen is enkel impliciet aanwezig wanneer vaststaat dat partijen stilzwijgend een recht hebben aangeduid (268-269). Het lijkt uitgesloten dat een arbiter kan aantonen dat de partijen "hypothetisch" een recht hebben aangeduid (270). Het vermoeden "qui elegit arbitrum, elegit ius" laat soms toe te stellen dat partijen, door een arbiter te kiezen, ook diens recht kozen ; het is evenwel geen algemene regel (272-274 ; 280). Een dergelijk vermoeden kan soms steunen op de identiteit van de arbiter(s) en op de wijze waarop de arbiter(s) aangeduid werd(en) (276). Soms kan ook uit de keuze van een nationale (bedrijfssectoriële) arbitrage-instelling afgeleid worden dat de partijen eveneens de aanwending bedoelden van het recht van het land, waar deze instelling gevestigd is (277). Bij de transnationale "ad hoc"-arbitrage en bij de arbitrage van de I.K.K. daarentegen kan men doorgaans uit de zetel der arbitrage geen rechtsaanduiding afleiden (278-279).

Waaruit worden de arbitrale kiesregels geput ? .

De arbiter kan de kiesregels van een nationaal i.p.r. overnemen (bijv. het i.p.r., door partijen aangeduid, of het i.p.r. van de "lex contractus" (286-287) ; het i.p.r. dat de arbiters eigen is of dat door het arbitragereglement werd aangeduid (288) ; het i.p.r. van de overwegende partij (289) ; het i.p.r. van de bevoegde rechter (290) ; het i.p.r. van de zetel (291-294) ; het i.p.r. van de "loi de l'arbitrage" (295)). Geen van deze mogelijkheden kan echter voor alle gevallen van arbitrale rechtskeuze gelden (296).

Uitspraken van de Arbitrage-commissies van de Oost-Europese landen (300-302) en uitspraken van de nationale arbitrage-instellingen (303) tonen aan dat arbiters in een arbitrage, die duidelijk gelocaliseerd kan worden in een land, recht zullen kiezen aan de hand van het i.p.r. van dat land. De arbitrale beslechting in de schoot van de I.K.K. is doorgaans niet duidelijk in één land localiseerbaar (304-306) ; vaak is dit ook het geval bij de transnationale "ad hoc"-arbitrage (307).

Bij een onduidelijk gelocaliseerde of volkenrechtelijke arbitrage moet de arbiter daarentegen zijn eigen kiesregels ontwerpen (308-310). Bij

de volkenrechtelijke handelsarbitrage gelden deze kiesregels als deel van een volkenrechtelijk "lex fori" (313-314). Bij de onduidelijk-gelocaliseerde arbitrage moet de arbiter deze kiesregels ontwerpen als een "Spezialrecht", dat als "lex fori" voor de arbitrage geldt (316).

Een geschikte, universele kiesregel lijkt de localisatie van de rechtsverhouding : de arbiter moet het recht aanwenden van het land, waar de rechtsverhouding gelocaliseerd is (317). Omwille van de verscheidene localisatie-criteria en het relatief belang dat men elk van hen toekent is het evenwel moeilijk om beweren dat arbiters in het verleden bijv. een uniforme localisatie-regel voor de overeenkomst hebben toegepast (318). Handelsovereenkomsten tussen staten en/of internationale organisaties zouden in het internationaal recht gelocaliseerd kunnen worden als tenminste één partij handelde ter uitvoering van een volkenrechtelijke taak of in omstandigheden waarin alleen een volkenrechtelijk persoon zich kan bevinden ; anders dienen zij in een nationaal recht gelocaliseerd (320). Een overeenkomst van een buitenlands privaatspersoon met een staat, die zich niet bevindt in omstandigheden waarin enkel een staat zich kan bevinden en die geen volkenrechtelijke taak uitvoert, dient in het nationaal recht gelocaliseerd (321). Wanneer daarentegen enkel een staat dergelijke overeenkomst zou kunnen afsluiten met de buitenlandse privaatspersoon (bijv. uitbatings- of ontginningsconcessie) is het - mits bepaalde veronderstellingen - niet uitgesloten dat het internationaal recht dergelijke overeenkomst regeert (322-326).

Een zestal beginselen kunnen de arbiter helpen bij het vinden van de arbitrale kiesregels : het streven naar een internationale harmonie, de zorg voor de doeltreffendheid van de uitspraak, het bereiken van de interne harmonie in de uitspraak, de eerbiediging van het doel der wetten, het behartigen van een belang, de openbare orde (327).

Het streven naar een internationale harmonie houdt in dat de arbiter het recht kiest dat ook andere beslechters van dit geschil zouden kiezen (328). De arbiter kan zich laten inspireren door de systemen van i.p.r. van staten, waarvan de rechter bevoegd zou geweest zijn indien er geen arbitrage plaats had, ofwel door de systemen van i.p.r., waarmee de partijen of de arbiter vertrouwd zijn (329).

De zorg voor de doeltreffendheid der uitspraak omvat dat de arbiter geen recht kiest dat de erkenning of tenuitvoerlegging van de uitspraak door een rechter belet (330).

De interne harmonie van een uitspraak sluit in dat zoveel mogelijk eenzelfde recht toegepast wordt op een complexe rechtsverhouding, die raakpunten heeft met verscheidene rechtssystemen (331). De regelings-sfeer van de "lex contractus" dient derhalve zo ruim mogelijk te zijn (inclusief bewijs, verjaring) (333). Tevens moeten de arbiters elke betaling bevelen in de munt, die de partijen ook als munt in de litigieuze overeenkomst hebben aangeduid (332).

De arbiter eerbiedigt het doel der wetten wanneer hij op een transnationaal geschil elke wet toepast, die zichzelf van toepassing beschouwt. Aldus kan de arbiter een uitspraak vellen die uitvoerbaar is maar waarin ander recht werd aangewend dan bedoeld door de partijen bij het sluiten van de overeenkomst tot arbitrage (334-335).

Het is in het belang van de transnationale handelsarbitrage dat de arbitrale kiesregels universeel zijn en dat de arbitrale rechtspraak - meer dan de rechterlijke - aangepast is aan de noden van de handel. De arbiter moet zich in het vinden van zijn kiesregels laten leiden door deze belangen (336).

De openbare orde belet de rechter buitenlands recht te kiezen dat fundamentele waarden van het forum in het gedrang brengt. Bij de onduidelijk gelocaliseerde arbitrage belet de openbare orde dat de arbiter normen aanwendt waardoor de fundamentele waarden, welke in elke rechtsorde aanwezig zijn, in het gedrang komen (337). Het verbod van corruptie en van wetsontduiking, alsook "pacta sunt servanda" zouden dergelijke fundamentele waarden zijn die altijd moeten geëerbiedigd worden (338). Bij de volkenrechtelijke arbitrage levert het internationaal recht de fundamentele waarden die steeds door de arbiter moeten beveiligd worden. Bij een arbitrage tussen een staat en een buitenlands privaatspersoon kan het fundamenteel beginsel van "pacta sunt servanda" de privaatspersoon soms beschermen tegen het wetgevend en administratief ingrijpen van de staat-medecontractant. Luidens de Wereldbank-conventie moeten de arbiters het internationaal recht aanwenden omdat de

ontwerpers het internationaal recht beschouwden als de vertolking van de fundamentele waarden van openbare orde, die steeds door de arbiter van het Centrum moesten beveiligd worden (339).

De kiesregels, die de arbiter verwoordt, zijn echter - hoe universeel ook bedoeld - doorgaans gekleurd door het nationaal recht. Uiterst weinig kiesregels blijken universeel erkend door arbitrale precedentes. Er bestaat (vooralsnog) geen universeel, anationaal systeem van arbitrale kiesregels. De arbiter van een onduidelijk gelocaliseerde of volkenrechtelijke arbitrage heeft evenwel - meer dan de rechter die aan een nationaal i.p.r. gebonden is - de mogelijkheid om onbevangen de geschikte kiesregel te verwoorden. De arbitrale rechtskeuze en de kiesregels, die hiervoor door de arbiters verwoordt worden, werken aldus vernieuwend en inspirerend voor de ontwikkeling van het nationaal i.p.r. (340).

BEKNOPTE BIBLIOGRAFIE

De auteurs, in deze bibliografie vermeld, werden in de tekst geciteerd zonder voornaam-initiaal. Hun werk, zoals geciteerd in de tekst, werd onderlijnd.

ALTENMULLER, R., Die schiedsrichterliche Entscheidung kartellrechtlicher Streitigkeiten, Tübingen 1973.

ALTENMULLER, R., Zur materiellen Überprüfung von Schiedssprüchen, KTS 1974, 150-160.

AMARASINGHE, F., State breaches of contracts with aliens, 58 A.J.I.L. (1964), 881-913.

ARENDT, W., Die Vollstreckung privater deutscher Schiedssprüche in Handelssachen in den Vereinigten Staaten von Nordamerika und umgekehrt, München 1959.

ARETS, J., Réflexions sur la nature juridique de l'arbitrage, Ann. Liège 1962, 173-201.

ARNDT, A.F., Wirkung und Bedeutung der Schiedsgerichtsklausel im internationalen Getreidehandel, Zürich 1932.

ARNOLD, H., Die Schiedsgerichtsordnung der Wirtschaftskommission für Europa der Vereingte Nationen, AWD 1967, 179-182.

ASELMANN, P., Anwendbarkeit innerstaatlichen Rechts auf zwischenstaatliche Verträge, Göttingen 1971.

BALLADORE-PALLIERI, G., L'arbitrage privé dans les rapports internationaux, 51 RdC (1935, I), 291-403.

BARCLAY, C., The ECE Arbitration Agreement, in International commercial arbitration, New York 1974, 277-287.

BARMANN, J., Limits of arbitral jurisdiction, in International commercial arbitration, New York 1974, 61-95.

BATIFFOL, H., L'arbitrage et les conflits de lois, Rev. Arb. 1957, 110-112.

BATIFFOL, H., La sentence Aramco et le droit international privé, R.C.D.I.P. 1964, 647-662.

- BATIFFOL, H., Arbitration clauses between French government - owned enterprises and foreign private parties, 7 Col. Journ. Trans. L. (1968), 32-47.
- BAUER, R., Bedeutung des Europäische Ubereinkommens über die internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit für die Handel mit den Ostblock Staaten, Recht in Ost und West 1970, 61-65.
- BAUMBACH, A. en SCHWAB, K.H., Schiedsgerichtsbarkeit, München-Berlijn, 1960.
- BECKER, E., Die Rechtssprechung der Sowjetischen Aussenhandelsschiedskommission, Keulen 1964.
- BELKE, R., Gerichtliche Nachprüfbarkeit von Schiedssprüchen auf Verstösse gegen EWG - Kartell-recht, AWD 1969, 214-220.
- BENJAMIN, P., The European Convention on International Commercial Arbitration, Brit. YB. Int. L. 1961, 478-495.
- BERNARD, A., L'arbitrage volontaire en droit privé, Brussel 1937.
- BERNINI, G. en HOLTZMANN, H., Les techniques permettant de résoudre les problèmes qui surgissent lors de la formation et de l'exécution des contracts à long terme, Rev. Arb. 1975, 18-59.
- BERTHEAU, T., Das New Yorker Abkommen vom 10 juni 1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche, Winterthur 1965.
- BOCKSTIEGEL, K.H., Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in Streitigkeiten zwischen Staaten und Privatunternehmen, AWD 1965, 101-106.
- BOCKSTIEGEL, K.H., Der Staat als Vertragspartner ausländischer Privatunternehmen, Frankfurt 1971.
- BOCKSTIEGEL, K.H., Das anwendbare Recht bei öffentlich-rechtlich geprägten Staatsaufträgen, AWD 1973, 117-121.
- BOCKSTIEGEL, K.H., Besondere Probleme der Schiedsgerichtsbarkeit zwischen Privatunternehmen und ausländischen Staaten oder Staatsunternehmen, NJW 1975, 1577-1582.
- BOEHLE, A., Arbitrage, een analyse der wet, T.P.R. 1973, 3-57.
- BOHM, P., Zur Rechtsnatur des Schiedsvertrages unter nationalen und internationalen Gesichtspunkten, Z.f.Rvgl. 1968, 262-287.
- BORCHERS, K.G., Verträge von Staaten mit ausländischen Privatpersonen, Göttingen 1966.

- BOURQUIN, M., Arbitration and Economic Development Agreements, Selected Readings on protection by law of private foreign investments, New York 1964, 99-137.
- BRATOUS, S.N., Force Majeure en tant que motif de dégagement de la responsabilité dans les contrats du commerce extérieur, in Arbitrage commercial, Essais in memoriam Eugenio Minoli, Turijn 1974, 57-67.
- BRATOUS, S.N., Arbitrage et coopération internationale en vue du développement industriel, scientifique et technique, Rev. Arb. 1972, 173-200.
- BREETZKE, E., Vertrag und Vergütung des Schiedsrichters, NJW 1968, 1113-1117.
- BROCHES, A., The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States : Applicable Law and Default Procedure, in International arbitration, Liber Amicorum for M. Domke, Den Haag 1967, 12-22.
- BROCHES, A., The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, 136 RdC (1972, II) 331-410.
- BROCHES, A., Arbitration clauses and institutional arbitration. ICSID : A special case, in Arbitrage commercial, Essais in memoriam E. Minoli, Turijn 1974, 69-79.
- BUHMANN, J., Das auf den internationalen Handelsschiedsvertrag anzuwendende nationale Recht unter besonderer Berücksichtigung der neueren multilaterale Konventionen, Regensburg 1970.
- BULOW, A., Europäische Ubereinkommen über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, AWD 1961, 144-145.
- BULOW, A., Unwiderleglich vermutete Befangenheit von Vereinsschiedsrichtern gegenüber Nichtmitgliedern ?, NJW 1970, 585-588.
- BULOW, A., La convention des parties relative à la procédure d'arbitrage visée à l'Art. V, par. 1, litt. d) de la Convention de New York, in Arbitrage commercial, Essais in memoriam E. Minoli, Turijn 1974, 81-95.
- BUTCHER, B., Towards a theory of commercial arbitration, New York 1969.
- CARABIBER, C., L'arbitrage international de droit privé, Parijs 1960.
- CARABIBER, C., L'évolution de l'arbitrage commercial international, 99 RdC (1960, I), 119-229.

- CARABIBER, C., L'arbitrage international et la réserve de l'ordre public, Rev. Arb. 1965, 118-131.
- COHN, E., The Rules of Arbitration of the United Nations Commission for Europe 16 I.C.L.Q. (1967), 946-981.
- COHN, E., The Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce, 14 I.C.L.Q. (1965), 132-171.
- COING, H., The substantive law and the law of arbitration procedure, in International commercial arbitration, New York 1974, 96-111.
- CRANE, R., Arbitral freedom from substantive law, Arbitration Journal 1959, 163-179.
- CUTRERA, A., La convention compromissoire dans les accords de coopération à la formation successive, in Arbitrage commercial, Essais in memoriam E. Minoli, Turijn 1974, 97-107.
- CZISMAS, M., Die Aussenhandelsarbitrage in Ungarn, 13 Osteuropa Recht (1967), 261-290.
- DAVID, R., L'arbitrage en droit comparé, Madrid 1961.
- DAVID, R., L'arbitrage et droit comparé, Rev. Int. Dr. Comp. 1959, 5-18.
- DAVID, R., Le concept d'arbitrage privé et les conventions internationales, in Etudes juridiques offertes à L. Julliot de la Morandière, Parijs 1964, 147-167.
- DAVID, R., Arbitrage du XIXe siècle et arbitrage du XXe siècle, in Mélanges offerts à R. Savatier, Parijs 1965, 219-233.
- DAVID, R., L'avenir de l'arbitrage, in International Arbitration, Liber Amicorum M. Donke, Den Haag 1967, 56-64.
- DAVID, R., Arbitrage international ou arbitrage étranger, in Festschrift H. Ficker, Frankfurt 1967, 121-137.
- DAVID, R., Juridictions arbitrales ou juridictions interétatiques ?, in Arbitrage commercial, Essais in memoriam E. Minoli, Turijn 1974, 109-120.
- DE ABRANCHES, D., STROHBACH, H. en STUMPF, H., Arbitrage et contrats relatifs aux travaux scientifiques, technologiques et de recherche, ainsi que ceux sur l'utilisation d'invention et de know-how, Rev. Arb. 1972, 279-336.
- DEBEVOISE, W., The arbitrability of gaps in long-term scientific, technical and industrial development contracts, 17 Harv. Int. L.J. (1976) 122-130.

- DEELEN, J., Rechtskeuze in het Nederlands Internationaal Contractenrecht, Amsterdam 1965.
- DEHAUSSY, J. en GOLDMAN, B., Arbitrage (en général), Répertoire de droit international Dalloz, Parijs 1968.
- DEHAUSSY, J., Arbitrage (droit international public), Répertoire de droit international Dalloz, Parijs 1968.
- DELAUME, G., Des stipulations de droit applicable dans les accords de prêt et de développement économique et de leur rôle, B.T.I.R. 1968, 336-364.
- DELAUME, G., Excuse for non-performance and force majeure in economic development agreements, 10 Col. Journ. Trans. L. (1971), 242-266.
- DELAUME, G., Transnational contracts, New York 1975.
- DELEUZE, J.M., La rédaction des clauses compromissaires dans les contrats commerciaux internationaux, Ann. Liège, 1964, 83-102.
- DE LEVAL, G., La désignation et la mission des arbitres, Rev. Dr. Int. & Comp. 1976, 170-180.
- DERAINS, Y., L'application cumulative par l'arbitre des systèmes de conflit de lois intéressés au litige, Rev. Arb. 1972, 99-121.
- DERAINS, Y., Le statut des usages du commerce international devant les juridictions arbitrales, Rev. Arb. 1973, 122-149.
- DERMINE, L., L'arbitrage commercial en Belgique, Brussel 1975.
- DESCHAMPS, M.E., Traits caractéristiques et développements récents de l'arbitrage dans les pays de l'Est, Annales d'études internationales 1974, 123-140.
- DIETZ, J., Foreign Trade Arbitration in Hungary, 5 N.Y.U.J. Intern'l Law and Politics (1972), 251-279.
- DOMKE, M., Arbitral awards without written opinions : comparative aspects of international commercial arbitration, in XXth Century Comparative and Conflicts law, Legal Essays in honor of Hessel E. Yntema, Leiden 1961, 249-261.
- DOMKE, M. en GLOSSNER, O., The present state of the law regarding international commercial arbitration, in The present state of international law, Deventer 1973, 307-330.
- DOMKE, M., New Aspects of East-West trade arbitration, in Arbitrage commercial, Essais in memoriam E. Minoli, Turijn 1974, 121-128.

- EEK, H., International arbitration and the conflicts of laws, in Three discussions on the conflicts of laws : Theory and Comments on Fundamental Principles (o.l.v. G. Sundström), Stockholm 1970, 85-91.
- EISEMANN, F., Le nouveau règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale, D.P.C.I. 1975, 355-365.
- EISEMANN, F., L'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale, Ann. Liège 1964, 103-110.
- EISEMANN, F., Arbitration under the International Chamber of Commerce rules, 15 I.C.L.Q. (1966), 726-736.
- EISEMANN, F., L'arbitre-partie, in International Arbitration, Liber Amicorum M. Donke, Den Haag 1967, 78-88.
- EISEMANN, F., Chambre de Commerce Internationale in Répertoire de droit international Dalloz, Parijs 1968.
- EISEMANN, F., Problemi deontologici dell'arbitro, 25 Riv. Dir. Proc. 1970, 64-82.
- EISEMANN, F., L'indépendance de l'arbitre, Rev. Arb. 1970, 217-220.
- EISEMANN, F., Arbitrage et garanties contractuelles, Rev. Arb. 1972, 379-405.
- EISEMANN, F., La clause arbitrage pathologique, in Arbitrage commercial, Essais in memoriam E. Minoli, Turijn 1974, 129-161.
- EISEMANN, F., La situation actuelle de l'arbitrage commercial international entre états ou entités étatiques et personnes physiques ou morales étrangères de droit privé, Rev. Arb. 1975, 279-297.
- EISEMANN, F., Le nouveau règlement d'arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale, D.P.C.I. 1975, 355-365.
- EISEMANN, F., Le phénomène de l'arbitrage, son utilité, ses avantages et son rôle, Rev. Dr. Int. & Comp. 1976, 106-115.
- ENDEL, H., Die Anfechtbarkeit des Schiedsurteils, Marburg 1968.
- ERADES, L., The Sudan Arbitration, N.T.I.R. 1970, 200-222.
- FARAGO, L., Decisions of the Hungarian Chamber of Commerce in Comecon Arbitrations, 14 I.C.L.Q. (1965), 1124-1143.
- FAURE, J.C., Commodity Market Arbitration with special reference to the Incorporated Oil Seed Association Rules, 15 I.C.L.Q. (1966), 736-742.

- FAZZALARI, E., De l'arbitrage "marchand" à l'arbitrage "de droit commun", in Arbitrage commercial, Essais in memoriam E. Minoli, Turijn 1974, 163-177.
- FISCHER, P., Die Privatpersonen als völkerrechtlicher Vertragspartner des Staates, O.Z.ö.R. 1973, 339-366.
- FISCHER, P., Die internationale Konzession, Wenen 1974.
- FISHBURNE, B., Random Observations about Arbitration and East-West Investment, 10 Intern'l Lawyer (1976), 119-122.
- FOUCHARD, Ph., L'arbitrage commercial international, Parijs 1965.
- FOUCHARD, Ph., L'autonomie de l'arbitrage international, Rev. Arb. 1965, 99-110.
- FOUCHARD, P., Quand un arbitrage est-il international ?, Rev. Arb. 1970, 59-77.
- FRAGISTAS, C., Arbitrage étranger et arbitrage international en droit privé, R.C.D.I.P. 1960, 1-20.
- FRANCESCAKIS, Ph., Le principe jurisprudentiel de l'autonomie de l'accord compromissaire, Rev. Arb. 1974, 67-87.
- GAJA, G., Problems of applicability of international conventions on commercial arbitration, in Arbitrage commercial, Essais in memoriam E. Minoli 1974, 191-217.
- GENTINETTA, J., Befreiung der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit von der "nationalen Umklammerung" ? AVD 1969, 46-54.
- GENTINETTA, J., Die "Lex Fori" internationaler Handelsschiedsgerichte, Bern 1973.
- GOLDMAN, B., Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé, 109 RdC (1963, II), 347-485.
- GOLDMAN, B., Règles de conflit, règles d'application immédiate et règles matérielles dans l'arbitrage commercial international, Trav. Com. Fr. Dr. Intern. Priv. 1966-1969, 119-148.
- GOLDMAN, B., Arbitrage (droit international privé), Répertoire de droit international Dalloz, Parijs 1968.
- GOLDMAN, B., Le Droit applicable selon la Convention de la B.I.R.D., in Investissements étrangers et arbitrage entre Etats et personnes privées, Parijs 1969, 133-156.
- GOLDSCHMIDT, W., Transaction between states and public firms and foreign private firms (a methodological study), 136 RdC (1972, II), 203-329.

- GUYOMAR, G., L'arbitrage concernant les rapports entre états et particuliers, A.F.D.I. 1959, 333-354.
- GRAVESON, R.H., Arbitration clauses in international contracts, in Mélanges A. Malmström, Stockholm 1972, 80-101.
- GRZYBOWSKI, K., Arbitral Tribunals for Foreign Trade in Socialist Countries, 37. Law and Contemporary Problems (1972), 592-610.
- HAARDT, W., Choice of law clauses in arbitration agreements, tevens uitgegeven in Essays on the law of international trade, Den Haag 1976, 215-224.
- HABSCHEID, W., L'expertise-arbitrage, in International Arbitration, Liber Amicorum M. Domke, Den Haag 1967, 103-119.
- HABSCHEID, W., Die Rechtsnatur des Schiedsvertrages und ihre Auswirkungen, KTS 1955, 33-39.
- HABSCHEID, W., Das Problem der Unabhängigkeit der Schiedsgerichte, NJW 1962, 5-12.
- HABSCHEID, W., Drei aktuelle Fragen des internationalen privaten Schiedsrechts, KTS 1964, 146-166.
- HABSCHEID, W., Zur neueren Entwicklung im Recht des Schiedswesens, KTS 1970, 132-147.
- HERMENT, L'arbitrage international de droit privé, B.T.I.R. 1966, 370-385.
- HOLTZMANN, H., Use of impartial technical experts to resolve engineering and other technological disputes before arbitration, in Arbitrage commercial, Essais in memoriam E. Minoli, Turijn 1974, 233-255.
- HOLTZMANN, M. en BERNINI, G., Les techniques permettent de résoudre les problèmes qui surgissent lors de la formation et de l'exécution des contrats à long terme, Rev. Arb. 1975, 18-59.
- HOLTZMANN, H., Settlement of investment disputes in East-West trade, 10 Intern'l Lawyer (1976), 123-132.
- JAKUBOWSKI, J., Choice of law clauses in arbitration agreements, tevens gepubliceerd in Essays on the law of international trade, Den Haag, 1976, 225-238.
- JAKUBOWSKI, J., Arbitration in the CMEA, in International commercial arbitration, New York 1974, 238-249.

- JENNINGS, R., Rules governing contracts between states and foreign nationals, in Symposium rights and duties of private investors abroad, New York 1965, 123-144.
- JENNINGS, R., State contracts in international law, Brit. YB. Int. L. 1961, 156-182.
- JIMINEZ DE ARECHAGA, E., L'arbitrage entre les Etats et les sociétés privées étrangères, Mélanges en l'honneur de G. Gidel, Parijs 1961, 367-382.
- JOERGENS, C., Das Rechtssystem der transnationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit, 138 ZHR (1974), 549-568.
- KAHN-FREUND, O., La notion anglaise de la "proper law of the contract" devant les juges et devant les arbitres, R.C.D.I.P., 1973, 607-627.
- KAISER, R., Das europäische Ubereinkommen über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit vom 21 April 1961, Zurich 1967.
- KAMENOV, E., Problèmes de procédure dans l'arbitrage portant sur des litiges nés des contrats de coopération industrielle, scientifique et technique, Rev. Arb. 1972, 414-425.
- KERR, Justice, The English Courts and arbitration, in International commercial arbitration, New York, 1974, 199-237.
- KESSLER, J., Die Bindung des Schiedsgerichts an das materielle Recht, Keulen 1964.
- KESSLER, J., Schiedsgerichtsvertrag und Schiedsverfahren, Munchen 1970.
- KEUTGEN, G., en HUYS, M., L'arbitrage (1950 à 1975), J.T. 1976, 53-64.
- KING SMITH, S.B., Communist Foreign Trade Arbitration, 10 Harv. Int. L.J. (1969), 34-100.
- KIPP, H., Verträge zwischen staatlichen und nichtstaatlichen Partnern, 5 Ber. D. Ges. VR. (1964), 133-193.
- KITAGAWA, T., The method of unification of arbitration laws and rules in the light of the increasing importance of technical disputes, in Arbitrage commercial, Essais in memoriam E. Minoli, Turijn 1974, 257-271.
- KLECKNER, S., Foreign Trade Arbitration in Romania, 5 N.Y.U.J. Intern'l. Law and Politics (1972), 233-249.
- KLEIN, F.E., Considérations sur l'arbitrage en droit international privé, Bazel 1955.
- KLEIN, F.E., Autonomie de la volonté et arbitrage, R.C.D.I.P. 1958, 256-284, 479-494.

- KLEIN, F.E., Du caractère autonome de la clause compromissoire notamment en matière d'arbitrage international, R.C.D.I.P. 1961, 499-522.
- KLEIN, F.E., La convention européenne sur l'arbitrage commercial international, R.C.D.I.P. 1962, 621-640.
- KLEIN, F.E., L'arbitrage international de droit privé, réalités et perspectives, Ann. S. Dr. Intern. 1963, 41-62.
- KLEIN, F.E., Das europäische Übereinkommen über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, ZZP 1963, 342.
- KLEIN, F.E., Internationale Schiedsverfahren und nationale Rechtsordnungen, Ann. S. Dr. Intern. 1967, 87-118.
- KOHN, W., Schiedsgerichtsbarkeit und Ordre Public im zwischenstaatlichen Handelsverkehr, KTS 1956, 129-140, 166-175, 185-189.
- KOJANEC, G., Problèmes de l'arbitrage entre états et compagnies privées étrangères, Ann. A.A.A. 1967-1968, 99-107.
- KOJANEC, G., Recent developments in the law of state contracts, YBWA 1970, 186-211.
- KOPELMANAS, L., Quelques problèmes récents de l'arbitrage commercial international Rev. Trim. Dr. Com. 1957, 879-911.
- KOPELMANAS, L., La place de la Convention Européenne sur l'arbitrage commercial international du 21 avril 1961, dans l'évolution du droit international de l'arbitrage, A.F.D.I. 1961, 331-354.
- KOPELMANAS, L., L'arbitrage dans les rapports commerciaux Est-Ouest, Ann. Liège 1964, 129-140.
- KOPELMANAS, L., La procédure arbitrale dans les contrats internationaux de travaux publics, in Arbitrage commercial, Essais in memoriam E. Minoli, Turijn 1974, 273-279.
- KORNBLUM, U., Grenzfragen des Ordre Public in der privaten Schiedsgerichtsbarkeit, KTS 1968, 143-157.
- KORNBLUM, U., en VON HEYMANN, E., Zur Kontrolle kartellrechtlicher Entscheidungen privater Schiedsgerichte durch die staatliche Gerichte, BB 1968, 1456-1461.
- KORNBLUM, U., Probleme der schiedsrichterlichen Unabhängigkeit, München 1968.
- KORNBLUM, U., Die Rechtsnatur der Leistung in den §§ 315-319 BGB, 168 A.c.P. (1968), 450-469.
- KORNBLUM, U., Nachprüfbarkeit kartellrechtlicher Schiedssprüche durch die ordentliche Gerichte, NJW 1969, 1793-1797.

- KRAFZIK, B., Die Spruchpraxis der Hanseatische Schiedsgerichte, Berlin 1974.
- KRINGS, E., L'exécution des sentences arbitrales, Rev. Dr. Int. & Comp. 1976, 181-205.
- LALIVE, J.F., Un récent arbitrage suisse entre un organisme d'état et une société étrangère, Ann. S. Dr. Intern. 1962, 273-302.
- LALIVE, J.F., Contracts between a state or a state agency and a foreign company. Theory and practice : choice of law in a new arbitration case. 13 I.C.L.Q. (1964), 987-1021.
- LALIVE, J.F., Unilateral alteration by either party to a contract between a state and a foreign national, in Rights and duties of private investors abroad, New York 1965, 265-279.
- LALIVE, P., Problèmes relatifs à l'arbitrage international commercial, 120 RdC (1967, I), 569-714.
- LANDOLT, H., Rechtsanwendung oder Billigkeitentscheid durch dem Schiedsrichter in der privaten internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit, Bern 1955.
- LANGEN, E., Transnational commercial law, Leiden 1973.
- LAUTERPACHT, E., The World Bank Convention on the settlement of international investment disputes, Recueil d'Etudes de droit international en hommage à Paul Guggenheim, Genève 1968, 642-664.
- LEBEDEV, S.N., La commission d'arbitrage maritime près la Chambre de Commerce de l'U.R.S.S., Rev. Arb. 1971, 137-149.
- LEDoux, R., La convention de New York et la Convention européenne sur l'arbitrage international et les concessions de vente en Belgique, J.T. 1976, 305-309.
- LEW, J., Commercial arbitration in the Socialist Federal Republic of Yugoslavia, Arbitration Journal, 1973, 33-49.
- LEW, J., La loi applicable aux contrats internationaux dans la jurisprudence des tribunaux arbitraux, in Le contrat économique international, Brussel 1975, 151-167.
- LORENZ, W., Die Rechtsnatur von Schiedsvertrag und Schiedsspruch, 157 A.c.P. (1958), 265-302.
- LUNZ, L., L'objet et les principes fondamentaux de droit international privé en U.R.S.S. et dans les autres pays socialistes européens, Clunet 1973, 97-115.
- LUZZATO, R., Accordi internazionale e diritto interno in materia di arbitrato : La convenzione di Ginevra del 21 aprile 1961, Rivista di diritto internazionale privato e processuale 1971, 47-82.

- MAIER, H.J., Europäisches Ubereinkommen über die internationale Handelschiedsgerichtsbarkeit und UN-Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche, Keulen 1966.
- MAIRE, J.P., Problèmes de qualification juridique et de détermination du droit applicable aux accords de coopération économique et industrielle, Annales d'études internationales 1974, 93-103.
- MANN, F.A., The law governing State Contracts, Brit. YB. Int. L. 1944, 20-33.
- MANN, F.A., Reflections on a commercial law of nations, Brit. YB. Int. L. 1957, 20-51.
- MANN, F.A., Die Verträge der Völkerrechtssubjekte und die Parteiautonomie, Jus et Lex, Festgabe Gutzwiller, Basel 1959, 465-487.
- MANN, F.A., The proper law of contracts concluded by international persons, Brit. YB. Int. L. 1959, 34-57.
- MANN, F.A. State contracts and state responsibility 54 A.J.I.L. (1960), 572-591.
- MANN, F.A., State contracts and international arbitration, Brit. YB. Int. L. 1967, 1-37.
- MANN, F.A., Lex facit arbitrum, in International Arbitration, Liber Amicorum M. Domke, Den Haag, 1967, 157-183.
- MANN, F.A., Internationale Schiedsgerichte und nationale Rechtsordnungen, 132 ZHR (1968), 97.
- MATRAY, L., L'arbitrage et le problème des garanties contractuelles, Rev. Banque 1974, 280-288.
- MATRAY, L., L'arbitre-partie en matière internationale Rev. Dr. Int. & Comp. 1976, 152-169.
- MATTEI, F., Arbitration and contracts of international industrial cooperation, in Arbitrage commercial, Essais in memoriam E. Minoli, Turijn 1974, 301-314.
- MCNAIR, Lord, The General Principles of law recognized by civilized nations, Brit. YB. Int. L. 1957, 1-19.
- MEZGER, E., Zur Auslegung und Bewertung der Genfer Schiedsabkommen von 1923 und 1927, 24 RabelsZ. (1959), 222-251.
- MEZGER, E., Zum Begriff des ausländischen Schiedsspruchs, NJW 1959, 2196-2197.
- MEZGER, E., La jurisprudence française relative aux sentences arbitrales étrangères et la doctrine de l'autonomie de la volonté en matière d'arbitrage international de droit privé, in Mélanges Maury, Parijs 1960, deel I, 273-291.
- MEZGER, E., Das Europäische Ubereinkommen über die Handelsschiedsgerichtsbarkeit, 29 RabelsZ. (1965), 231 e.v.

- MEZGER, E., Compétence-compétence des arbitres et indépendance de la convention arbitrale dans la Convention dite Européenne sur l'arbitrage Commercial International de 1961, in Arbitrage commercial, Essais in memoriam E. Minoli, Turijn 1974, 315-326.
- MINOLI, E., Relations entre partie et arbitre, Rev. Arb. 1970, 221-226.
- MOHRING, P., Die Nachprüfung kartellrechtlicher Entscheidungen von Schiedsgerichten durch die ordentliche Gerichte, NJW 1968, 369.
- MONACO, R., Le droit applicable au fond du litige dans la convention européenne sur l'arbitrage commercial, in De Conflictu legum, Bundel opstellen aangeboden aan R. Kollwijn en J. Offerhaus, Leiden 1962, N.T.I.R. 1962, 331-339.
- MONACO, R., Compétence arbitrale et compétence de la Cour des Communautés Européennes, in Arbitrage commercial, Essais in memoriam E. Minoli, Turijn 1974, 327-335.
- MULACK, G., Rechtsprobleme der Erdölkonzessionsabkommen im Nahen Osten, Göttingen 1972.
- MUNZBERG, R., Die Schranken der Parteivereinbarungen in der privaten internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, Berlin 1970.
- NESTOR, I., A theoretical survey on arbitral practice in foreign trade issues, Rev. roum. jur. 1967, 245-261.
- NESTOR, I., Arbitrage commercial international, Nations Unies, Assemblée générale A/CN.9/64, 1 maart 1972.
- NESTOR, I., L'amiable compositeur et l'arbitrage selon les règles de droit, in Arbitrage commercial, Essais in memoriam E. Minoli, Turijn 1974, 341-353.
- NOLEN, W., Handleiding voor Arbiters, Zwolle 1957.
- NUSSBAUM, A., The arbitration between the Lena Goldfields and the Soviet Government, 36 Corn. L. Q. (1950), 31-53.
- NWOGUGU, E.I., The legal problems of foreign investment in developing countries, Manchester 1965.
- PANCHAUD, A., Le siège de l'arbitrage international de droit privé, Rev. Arb. 1966, 2-15.
- PEARSON, N., Arbitration and the business man, in International Arbitration, Liber Amicorum M. Domke, Den Haag 1967, 208-213.
- PEARSON, N., Nationalité et attaches de l'arbitre, Rev. Arb. 1970, 239-241.
- PFAFF, D., Die Aussenhandelsschiedsgerichtsbarkeit der socialistischen Länder im Handel mit der Bundesrepublik Deutschland, München 1973.
- PIRRUNG, J., Die Schiedsgerichtsbarkeit nach dem Weltbanübereinkommen für Investitionsstreitigkeiten, Berlin 1972.
- PISAR, S., Soviet conflict of laws in international commercial transactions, 70 Harvard Law Review (1956-1957), 593-636.

- PLEWE, D., Die Schiedsgerichtsabrede im internationalen Schuldvertragsrecht, Bonn 1969.
- RAMAZANI, R., Choice of Law Problems and International Oil Contracts : A Case-study 11 I.C.L.Q. (1962), 503-518.
- RAMSAIZEW, D.F., La jurisprudence en matière de droit international privé de la commission arbitrale soviétique pour le commerce extérieur, R.C.D.I.P. 1958, 459-478.
- RAMSAIZEW, D.F., Die Aussenhandelsarbitrage in der UdSSR, Oost Berlijn 1961.
- RAUSCHER, B., Das Schiedsgutachtenrecht unter besonderer Berücksichtigung der Regelungen der Praxis des Massenverkehrs, Frankfurt 1969.
- RAY, G., Law governing contracts between states and foreign nationals, in Selected Readings on the protection by law of private foreign investments, Dallas 1964, 453-466.
- REIMANN, Th., Zur Lehre vom "rechtsordnungslosen" Vertrag, Bonn 1970.
- REISMAN, W., The multifaceted phenomenon of international arbitration, Arbitration Journal, 1969, 69-87.
- RENGELING, H.W., Privatvölkerrechtliche Verträge, Berlijn 1971.
- RENGLI, P., Die Grenzen der Parteifreiheit im internationalen privatrechtlichen Schiedsverfahren, unter besonderer Berücksichtigung des Genfer-protokolls von 1923, Bern 1955.
- RICCI, E., La distinzione tra lodi "nazionale" e lodi "esteri" e la convenzione di Ginevra, Arch. giur. 1974, 145-151.
- RIEDBERG, P., Der amiable compositeur im internationalen privaten Schiedsverfahren, Frankfurt 1962.
- ROBERT, J., Observations sur une sentence arbitrale internationale, Rev. Arb. 1960, 76-86.
- ROBERT, J., La Convention européenne sur l'arbitrage commercial international, Dall. 1961, Chr. 173-182.
- ROBERT, J., Arbitrage civil et commercial, Parijs 1967.
- ROBERT, J., La règle morale dans l'arbitrage commercial international, in Arbitrage commercial, Essais in memoriam E. Minoli, Turijn 1974, 439-447.
- ROMAN, G., Socialist conflict of laws rules and practice in East-West trade contracts, Law & Pol. Int'l. Bus. 1975, 1113-1168.
- RUBELLIN-DEVICHI, J., L'Arbitrage, Nature juridique, Droit interne et droit international privé, Parijs 1965.

- RUCAREANU, I., Arbitrage et contrats en matière de projet d'installations industrielles, de fournitures et de montage, Rev. Arb. 1972, 249-265.
- RUSSELL, on the law of Arbitration, (bewerkt door Walton, A.), Londen 1970.
- SANDERS, P., Aantasting van arbitrale vonnissen, Zwolle 1940.
- SANDERS, P., Arbitrage commercial international, N.T.I.R. 1956, 220-233.
- SANDERS, P., International commercial arbitration, in Arbitrage commercial, Essais in memoriam E. Minoli, Turijn 1974, 467-485.
- SANDERS, P., Appeals procedure in arbitration, in International commercial arbitration, New York 1974, 112-129.
- SANDERS, P., The unification and future of international commercial arbitration, in International commercial arbitration, New York 1974, 167-179.
- SANDERS, P., L'arbitrage dans les transactions à long terme, Rev. Arb. 1975, 83-87.
- SANDERS, P., International Commercial Arbitration, te publiceren in ... RdC (1975, ..), ... -
- SAROJINI, K., Arbitration of trade controversies between governments and foreign firms, Indian Journal of International Law 1960, 443-472.
- SAUSER-HALL, G., L'arbitrage en droit international privé, Ann. I.D.I. 1952, I, 469-600.
- SAYRE, P., Development of commercial arbitration law, 37 Yale Law Journal (1928), 595-517.
- SCHLESINGER, R.B. en GUNDISCH, H., Allgemeine Rechtsgrundsätze als Sachnormen des internationalen Schiedsverfahrens, 28 RabelsZ. (1964), 4-46.
- SCHLOSSER, P., Zur sachlichen Unabhängigkeit der Schiedsgerichte, in Festschrift für R. Reinhardt, Keulen 1972, 137-150.
- SCHLOSSER, P., Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, Tübingen 1975, 2 delen.
- SCHMIDT, J., Arbitration under the auspices of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) : Implications of the decision on jurisdiction in Alcoa Minerals of Jamaica, Inc. v. Government of Jamaica, 17 Harv. Int. L.J. (1976), 90-109.
- SCHMITTHOFF, C., The law of international trade, its growth, formulation and operation, in Sources of the law of international trade, Londen 1964, 3-38.

- SCHMITTHOFF, C., The unification of the law of international trade, Göteborg 1964.
- SCHMITTHOFF, C., Das neue Recht des Welthandels, 28 RabelsZ. (1964), 47-77.
- SCHMITTHOFF, C., The unification and harmonisation of the law by means of standard contracts and general conditions, 17 I.C.L.Q. (1968), 551-570.
- SCHMITTHOFF, C.M., The supervisory jurisdiction of the English Courts, in International Arbitration, Liber Amicorum M. Domke, Den Haag 1967, 289-300.
- SCHOTTELIUS, J., Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Köln 1957.
- SCHWARZ, T., Die Kontrolle von Schiedssprüchen kartellrechtlichen Inhalts durch die staatlichen Gerichte, NJW 1969, 296-301.
- SCHWEBEL, S., The Alsing case, 8 I.C.L.Q. 1959, 320-345.
- SEYERSTED, F., Applicable law in relations between intergovernmental organizations and private parties, 122 RdC (1967, III), 433-616.
- SIMMONDS, K., Extraterritoriality and arbitration proceedings, in International commercial arbitration, New York 1974, 157-166.
- SIMONT, L., Amiables compositeurs and their reasoning, in International commercial arbitration, New York 1974, 130-156.
- SKAPSKI, J., Les obligations en droit international privé, dans le cadre du commerce extérieur des pays socialistes, 136 RdC (1972, II), 499-576.
- SPOFFORD, C., Third party judgment and international economic transactions, 113 RdC (1964, III), 117-236.
- STERN, S.A., Arbitrabilité des litiges portant sur des projets de grands travaux, Rev. Arb. 1972, 266-278.
- STORME, M., Aspects importants du droit arbitral belge, Rev. Dr. Int. & Comp. 1976, 116-128.
- STRAATMANN, K. en ZINKHEISEN, K., Hamburgisches Börsenhandbuch für die kaufmännische und schiedsgerichtliche Praxis, Hamburg 1969.
- STUMPF, H. en LINDSTAEDT, W., Vereinbarungen über das anzuwendende Recht und das zuständige Schiedsgericht in Handelsverträgen mit Osteuropäischen Ländern, AVD 1972, 228-231.
- SURATGAR, D., The Sapphire Arbitration Award, the procedural aspects : a report and a critique, Col. Journ. Trans. L. 1964, 152-209.

- SUY, E., De contracten tussen ontwikkelingslanden en vreemde investeerders, Recht in beweging, II, Antwerpen 1971, 993-1006.
- SUY, E., De Imbramco-affaire (internationale aspecten), B.T.I.R. 1974, 142-166.
- SZASZY, I., Recognition and enforcement of foreign arbitral awards, 14 American Journal of Comparative Law (1965), 658-672.
- TALLON, D., The law applied by Arbitration Tribunals, in C.N. SCHMITT-HOFF. The Sources of the law of International trade, Londen 1964, 154-166.
- THOMPSON, R., The procedure under the rules of the ICC, in International commercial arbitration, New York, 180-187.
- THOMPSON, T., The UNCITRAL Arbitration Rules, 17 Harv. Int. L.J. 1976, 141-154.
- TRAMMER, H., La convention de Moscou sur l'arbitrage du 26 mai 1972, in Arbitrage commercial, Essais in memoriam E. Minoli, Turijn 1974, 517-523.
- VAFAL, J., Conflict Resolution in the international petroleum industry, 5 Journal of World Trade law (1971), 427-460.
- VALTICOS, N., Les contracts conclus par les organisations internationales avec des personnes privées, Ann. I.D.L., 1977.
- VAN HECKE, G., Principes et méthodes de solution des conflits de lois, 126 RdC (1969, I), 399-569.
- VAN HECKE, G., Arbitrage et restrictions de la concurrence, Rev. Arb. 1973, 1-16.
- VAN HECKE, G., Réflexions sur l'arbitrage du point de vue de son intégration dans les divers ordres juridiques, in Multitudo legum - Jus unum, Berlin 1973, deel II, 357-368.
- VAN HECKE, G., Les accords entre un état et une personne privé étrangère, Ann. I.D.I., 1977.
- VAN HEUKELOM, D., Het Europees Verdrag inzake Internationale Handelsarbitrage van 21 april 1961, Arbitrale Rechtspraak 1961, 161.
- VAN HOECKE, M., Arbitrage en deskundigheid, T.P.R. 1973, 97-111.
- VAN HOUTTE, H., L'arbitrage : son territoire et ses frontières. Rev. Dr. Int. & Comp. 1976, 140-151.
- VAN OMMEREN, P.J., Réflexions sur le rôle de l'arbitrage international, Rev. Arb. 1972, 40-48.

- VARADY, T., Resolving the merits of the disputes in the practice of the arbitration tribunal of the Federal Economic Chamber, Jug. Rev. Med. Pravo 1970, 349-363.
- VEDEL, G., Le problème de l'arbitrage entre gouvernements ou personnes de droit public et personnes de droit privé, Rev. Arb. 1961, 116-130.
- VERDROSS, A., Die Sicherung von ausländische Privatrechten aus Abkommen zur wirtschaftlichen Entwicklung mit Schiedsklauseln, 18 ZaöRV (1957), 635-651.
- VERDROSS, A., Protection of private property under quasi-international agreements, in *Varia Juris Gentium, Liber Amicorum J. François*, uitgegeven als N.T.I.R. 1959, 355-362.
- VERDROSS, A., Gibt es Verträge die weder dem innerstaatlichen Recht noch dem Völkerrecht unterliegen ? 6 Z. f. Rvgl. (1965), 129-134.
- VON BERINGE, H., Die nationalitätsbestimmung bei Schiedssprüchen, NJW 1959, 77-81.
- VON BRUNN, J., Nachprüfbarkeit von Schiedssprüchen, NJW 1969, 823-827.
- VON HEYMANN, E., Der Ordre Public in der privaten Schiedsgerichtsbarkeit, Bielefeld 1969.
- VON HOFFMANN, B., Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, Die Bestimmung des massgeblichen Rechts, Frankfurt 1970.
- VON HOFFMANN, B., UNCITRAL rules für internationale Schiedsverfahren, RIW/AWD 1976, 1-7.
- VON HULSEN, H.V., Die Gultigkeit von internationalen Schiedsvereinbarungen, Berlijn 1973.
- VON HULSEN, H.V., Die Zulässigkeit von Schiedsverfahren in Kartellsachen in den Vereinigten Staaten und Europa, 35 RabelsZ. 1971, 132-156.
- WAEHLER, J.P., Die Aussenhandels- und See-Schiedsgerichtsbarkeit in der UdSSR, Berlijn 1974.
- WALKER, H.P., Die freie Gestaltung des Verfahrens von einem internationalen privaten Schiedsgericht durch die Parteien, Zurich 1968.
- WEIL, P., Problèmes relatifs aux contracts passés entre un état et un particulier, 128 RdC (1969, III), 101-240.
- WENGER, W., Zum obligationenrechtlichen Schiedsverfahren in schweizerischen Recht, Basel 1968.
- WENGLER, W., Les principes généraux du droit international privé et leurs conflits, R.C.D.I.P. 1952, 595-622 en 1953, 37-60.

WENGLER, W., Les accords entre états et entreprises étrangères sont-ils des traités de droit international ? R.G.D.I.P. 1972, 313-345.

WENGLER, W., Immunité législative des contrats multinationaux, R.C.D.I.P. 1971, 637-661.

WETZMULLER, H., Der "internationale" Schiedsspruch im U.N.-Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche von 10.6.1958 von New York, München 1966.

ZELTNER, M., Die Kompetenz-Kompetenz der Schiedsgerichten, Nürnberg 1961.

ZWEIGERT, K., Verträge zwischen staatlichen und nichtstaatlichen Partnern, 5 Ber. D. Ges. VR. (1964), 194-214.

Het Yearbook Commercial Arbitration (1976), o.l.v. P. SANDERS, Deventer 1976, is verschenen nadat deze studie beëindigd was.